

ÖFFENTLICHE GEWERBEKRITIK DURCH VERBRAUCHER

Dogmatische Einordnung und
Grenzen der Zulässigkeit

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

dem Fachbereich Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

REINHARD HAWRAN

Assessor aus Gedern/Oberh.

Marburg
1982

Druck: Görich & Weiershäuser, Marburg



Digitized by the Internet Archive
in 2026

ÖFFENTLICHE GEWERBEKRITIK DURCH VERBRAUCHER

**Dogmatische Einordnung und
Grenzen der Zulässigkeit**

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

dem Fachbereich Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg



vorgelegt von

REINHARD HAWRAN

Assessor aus Gedern/Oberh.

Marburg
1982

Druck: Görich & Weiershäuser, Marburg



Als Dissertation von dem Fachbereich Rechtswissenschaften
angenommen am: 28. Juni 1982

Berichterstatter: Professor Dr. Leßmann

Mitberichterstatter: Professor Dr. Hager

Tag der mündlichen Prüfung: 30. Juni 1982

Meinen Eltern

1. Einleitung	1
2. Die Eltern	2
3. Die Kindheit	3
4. Die Jugend	4
5. Die Ehe	5
6. Die Kinder	6
7. Die Eltern	7
8. Die Kindheit	8
9. Die Jugend	9
10. Die Ehe	10
11. Die Kinder	11
12. Die Eltern	12
13. Die Kindheit	13
14. Die Jugend	14
15. Die Ehe	15
16. Die Kinder	16
17. Die Eltern	17
18. Die Kindheit	18
19. Die Jugend	19
20. Die Ehe	20
21. Die Kinder	21
22. Die Eltern	22
23. Die Kindheit	23
24. Die Jugend	24
25. Die Ehe	25
26. Die Kinder	26
27. Die Eltern	27
28. Die Kindheit	28
29. Die Jugend	29
30. Die Ehe	30
31. Die Kinder	31
32. Die Eltern	32
33. Die Kindheit	33
34. Die Jugend	34
35. Die Ehe	35
36. Die Kinder	36
37. Die Eltern	37
38. Die Kindheit	38
39. Die Jugend	39
40. Die Ehe	40
41. Die Kinder	41
42. Die Eltern	42
43. Die Kindheit	43
44. Die Jugend	44
45. Die Ehe	45
46. Die Kinder	46
47. Die Eltern	47
48. Die Kindheit	48
49. Die Jugend	49
50. Die Ehe	50
51. Die Kinder	51
52. Die Eltern	52
53. Die Kindheit	53
54. Die Jugend	54
55. Die Ehe	55
56. Die Kinder	56
57. Die Eltern	57
58. Die Kindheit	58
59. Die Jugend	59
60. Die Ehe	60
61. Die Kinder	61
62. Die Eltern	62
63. Die Kindheit	63
64. Die Jugend	64
65. Die Ehe	65
66. Die Kinder	66
67. Die Eltern	67
68. Die Kindheit	68
69. Die Jugend	69
70. Die Ehe	70
71. Die Kinder	71
72. Die Eltern	72
73. Die Kindheit	73
74. Die Jugend	74
75. Die Ehe	75
76. Die Kinder	76
77. Die Eltern	77
78. Die Kindheit	78
79. Die Jugend	79
80. Die Ehe	80
81. Die Kinder	81
82. Die Eltern	82
83. Die Kindheit	83
84. Die Jugend	84
85. Die Ehe	85
86. Die Kinder	86
87. Die Eltern	87
88. Die Kindheit	88
89. Die Jugend	89
90. Die Ehe	90
91. Die Kinder	91
92. Die Eltern	92
93. Die Kindheit	93
94. Die Jugend	94
95. Die Ehe	95
96. Die Kinder	96
97. Die Eltern	97
98. Die Kindheit	98
99. Die Jugend	99
100. Die Ehe	100

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literaturverzeichnis	X
Abkürzungsverzeichnis	XXV
<u>Einführung</u>	1
A. Gegenstand der Untersuchung und Aufgabenstellung	1
B. Beispielsfälle aus der Rechtsprechung	2
I. LG Kempten - "Fiat"	3
II. LG Berlin - "Silberne Zitrone"	4
III. BGH - "Elektronenorgel"	6
IV. BGH - "Makler"	6
<u>1. Teil: Dogmatische Einordnung der Gewerbekritik</u>	7
A. Behandlung der Gewerbekritik in Rechtsprechung und Literatur	7
I. Allgemeines	7
II. Entwicklung der Rechtsprechung	8
1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	8
a. Rechtsprechung zum Recht am Gewerbebetrieb	8
b. Rechtsprechung zu § 824 BGB	10
c. Würdigung	11
2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes	12
a. Rechtsprechung zum Recht am Gewerbebetrieb	12
aa. Die frühere Rechtsprechung - "Constanze"	12
bb. Die neuere Rechtsprechung - "Höllenfeuer"	15
cc. Würdigung	20
b. Rechtsprechung zu § 824 BGB	21
aa. Abgrenzung Tatsachenbehauptung - Werturteil	21
bb. Kriterium der Betroffenheit	23
cc. Haftungsausschluß nach § 824 Abs. 2 BGB	25

	Seite
III. Behandlung der Gewerbekritik in der Literatur	26
1. Meinungsstand zum Recht am Gewerbebetrieb	27
a. Gegenstimmen	27
b. Heutiger Meinungsstand	29
2. Lösungsversuche über § 823 Abs.2 BGB	33
3. Anwendungsbereich des § 826 BGB	38
4. Anwendungsbereich des § 824 BGB	40
B. Kritik und eigener Lösungsweg	44
I. Das sog. Recht am Gewerbebetrieb	44
1. Problemstellung	44
2. Das Recht am Gewerbebetrieb als "sonstiges Recht" i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB?	46
a. Begriff und Funktion des "sonstigen Rechts" im Deliktsrecht	46
b. Merkmale des "sonstigen Rechts" i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB	50
aa. Personelle Ausschlußbefugnis	50
bb. Genereller Schutz	51
cc. Zuweisungsgehalt	53
dd. Rechtsgegenstand	56
ee. Sozialtypische Offenkundigkeit	59
c. Ergebnis	61
3. Gewohnheitsrechtliche Geltung eines Rechts am Gewerbebetrieb?	63
a. Begriff und Geltung des Gewohnheitsrechts	64
b. Unternehmensschutz und Gewohnheitsrecht	68
c. Ergebnis	72
4. Das Recht am Gewerbebetrieb als Akt richterlicher Rechtsfortbildung	72
a. Rechtsfortbildungsaufgabe der Rechtsprechung	72
b. Voraussetzungen und Grenzen der Rechtsfortbildung	74
aa. Entwicklungsfähigkeit des § 823 Abs. 1 BGB	75
bb. Notwendigkeit einer Rechtsfortbildung	76

	Seite
(1) Schutzwürdigkeit des Unternehmens	78
(2) Schutzbedürftigkeit des Unternehmens	81
cc. Methodik der Rechtsfortbildung	86
c. Ergebnis	92
II. Anwendungsbereich des § 823 Abs. 2 BGB	93
1. Funktion des § 823 Abs. 2 BGB	93
2. Unternehmensschützende Schutzgesetze - §§ 185 ff StGB	95
a. Beleidigungsfähigkeit von Unternehmen	97
b. Sachliche Reichweite des strafrechtlichen Schutzes	99
3. Möglichkeiten der Rechtsfortbildung bei § 823 Abs. 2 BGB	102
a. Ausgangslage	102
b. Entwicklungsfähigkeit des § 823 Abs. 2 BGB	103
c. Methodik und Grenzen der Rechtsfortbildung	107
C. Zusammenfassende Thesen zum 1. Teil	116
<u>2. Teil:</u> Die Haftung des Verbrauchers bei einzelnen Formen unternehmensschädigender Kritik	117
A. Haftung für unwahre Tatsachenbehauptungen nach § 824 BGB	117
I. Anspruchsberechtigung von Unternehmen	118
II. Begriff der Tatsachenbehauptung	118
III. Kriterium der Betroffenheit	123
IV. Haftungsausschluß nach § 824 Abs. 2 BGB	125
V. Ergebnis	129
B. Haftung für wahre Tatsachenbehauptungen	130
I. Problemstellung	130
II. Mögliche Haftungsnormen	131
1. § 824 BGB	131
2. Grundsätze der Schutzgesetzverletzung	132
3. § 826 BGB	134
III. Kriterien der Sittenwidrigkeit	136
IV. Ergebnis	138

	Seite
C. Haftung für unternehmensschädigende Werturteile	139
I. Problemstellung	139
II. Motive und Ziele für Verbraucherkritik	140
III. Verfassungsrecht und zivilrechtliche Beurteilung	143
1. Das Verhältnis von Verfassungsrecht und einfachem Gesetzesrecht	144
a. Offensein des BGB für verfassungsrechtliche Wertungen	144
b. Die sog. Drittwirkung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr	145
2. Die Bedeutung der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG	148
a. Die individualrechtliche Komponente des Grundrechts	148
b. Die objektivrechtliche Komponente des Grundrechts	149
c. Die Schranken der Meinungsfreiheit	153
d. Der Grundsatz der Wechselwirkung	157
3. Der verfassungsrechtliche Schutz der Unternehmensinteressen	160
4. Der verfassungsrechtliche Rang der bei der Gewerbekritik widerstreitenden Güter	162
IV. Die besonderen Merkmale unzulässiger Unternehmenskritik	166
1. Unzulässigkeit aufgrund der Form der Äußerung	166
a. § 193 StGB als Fairneßgebot	166
b. Grenzziehung im Einzelfall	167
c. Besondere Fallgestaltungen	171
2. Unzulässigkeit aufgrund besonderer Umstände	173
a. Problemstellung	173
b. Der Öffentlichkeitsbezug der Äußerung	176
aa. Öffentliche Kritik	178
bb. Kritik im einfachen Gespräch	180
c. Der sachliche Gehalt der Äußerung	184
aa. Die Thematik der Kritik	184
(1) Die Bedeutung von Fragen des Konsums	185

	Seite
(2) Werbung und Warenkritik	186
bb. Inhaltliche Anforderungen an eine Kritik	188
(1) Neutralität	191
(2) Objektivität	192
(3) Sachkunde	193
(4) Vertretbarkeit der Ergebnisse	194
(5) Bewußte Verzerrungen und bewußte Fehltritte	196
d. Der mit der Äußerung verfolgte Zweck	202
aa. Problemstellung	202
bb. Meinungsfreiheit und verfolgter Zweck	204
cc. Die Bedeutung des Zwecks für § 193 StGB	206
dd. Gewerbekritik und Kommunikationsprozeß	208
e. Das Mittel der Kritik	211
aa. Problemstellung	211
bb. Einschränkung der Kritikfreiheit in Sonderverbindungen	212
(1) Verletzung der Leistungstreuepflicht	214
(2) Verletzung von Schutzpflichten	215
cc. Deliktische Grenzen	217
(1) Kritik als schonendstes und notwendiges Mittel	218
(2) Kriterium der Verhältnismäßigkeit	219
V. Zusammenfassung	224
<u>Schlußbetrachtungen</u>	225
A. Rechtspolitische Konsequenzen	225
I. Resümee der Untersuchung	225
II. Reformvorschläge	226
III. Kritische Würdigung der Vorschläge	227
B. Der Verbraucher im Rechts- und Wirtschaftsleben	231

Literaturverzeichnis

(In Klammern die Zitierweise)

- ANDRESEN, Boy-Jürgen Warentest und Pressefreiheit, Diss. Tübingen 1973 (Andresen, Warentest)
- Anmerkung zum Urteil des LG Kempten vom 30.11. 1972, JZ 1973, 518 ff.
- ARNDT, Adolf Begriff und Wesen der öffentlichen Meinung, in: Löffler-Arndt-Nölle-Neumann-Haacke, Die öffentliche Meinung, München 1962 (Arndt, öffentliche Meinung)
- Sachlichkeit (Art. 5 GG, § 823 BGB), NJW 1964, 1312 f.
- Zur Güterabwägung bei Grundrechten (Art. 5 GG), NJW 1966, 871 f.
- ARZT, Gunther Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, Diss. Tübingen 1962
- ASSMANN-KÜBLER Testhaftung und Testwerbung, ZHR 142 (1978), S. 413 ff.
- BACHOF, Otto Freiheit des Berufs, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band III, 1. Halbband, Berlin 1958, S. 155 ff (Bachof, Die Grundrechte)
- BADURA, Peter Der Eigentumsschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes, AöR 98 (1973), S. 153 ff.
- BALLERSTEDT, Kurt Unternehmen und Wirtschaftsverfassung, JZ 1951, 486 ff.
- v.BAR, Christian Entwicklung und rechtsstaatliche Bedeutung von Verkehrs(sicherungs)-pflichten, JZ 1979, 332 ff.
- Verkehrspflichten, Köln/Berlin/Bonn/München 1980
- Deliktsrecht, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band II, Köln 1981, S. 1681 ff (v.Bar, Deliktsrecht)

- BAUMBACH-HEFERMEHL Wettbewerbsrecht, 13. Aufl.,
München 1981
- BETTERMANN, Karl August Die allgemeinen Gesetze als Schran-
ken der Pressefreiheit, JZ 1964,
601 ff.
- BÖHM, Franz Wettbewerb und Monopolkampf, Köln,
Berlin 1933.
- BOFINGER, Otto Der vergleichende Warentest als
Meinungsäußerung im Sinne des Art.
5 GG, NJW 1965, 1833 ff.
- BRECHER, Fritz Das Unternehmen als Rechtsgegen-
stand, Bonn 1953
- BUCHNER, Herbert Die Bedeutung des Rechts am einge-
richteten und ausgeübten Gewerbebe-
trieb für den deliktsrechtlichen
Unternehmensschutz, München 1971
(Buchner, Gewerbebetrieb)
- Konsolidierung des deliktsrechtli-
chen Unternehmensschutzes, DB 1979,
1069 ff.
- Das BÜRGERLICHE mit besonderer Berücksichtigung der
GESETZBUCH Rechtsprechung des Reichsgerichts
und des Bundesgerichtshofes, Kom-
mentar herausgegeben von Mitglie-
dern des Bundesgerichtshofes, 44.
Lieferung (§§ 823-831), 12. Aufl.,
Berlin-New York 1981 (BGB-RGRK-
Bearbeiter)
- v.CAEMMERER, Ernst Bereicherung und unerlaubte Handlung,
in Festschrift für Ernst Rabel, Band
1, Tübingen 1954, S. 333 ff.
- Wandlungen des Deliktsrechts, in
Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben,
Festschrift zum 100jährigen Besten-
den des Deutschen Juristentages,
Band II, Karlsruhe 1960, S. 49 ff
(v.Caemmerer, Festschrift DJT)
- Der privatrechtliche Persönlichkeits-
schutz nach deutschem Recht, in Fest-
schrift für Fritz v.Hippel, Tübingen
1967, S. 27 ff.
- CANARIS, Claus-Wilhelm Die Feststellung von Lücken im Ge-
setz, Berlin 1964

- COING, Helmut Zur Entwicklung des zivilrechtlichen
Persönlichkeitsschutzes, JZ 1958,
558 ff.
- ČOPIĆ, Hans Berufsverbot und Pressefreiheit,
JZ 1963, 494 ff.
- DEUTSCH, Erwin Entwicklung und Entwicklungsfunkti-
on der Deliktstatbestände, JZ 1963,
385 ff.
- Anmerkung zum Urteil des BGH vom 2.
7. 1963 ("Elektronenorgel"), JZ
1964, 510 f.
- Anmerkung zum Urteil des BGH vom
21.6. 1966 ("Teppichkehrmaschine"),
JZ 1967, 95 f.
- Entwicklungstendenzen des Schadens-
rechts in Rechtsprechung und Wis-
senschaft, JuS 1967, 152 ff.
- Grundmechanismen der Haftung nach
deutschem Recht, JZ 1968, 721 ff.
- Abwertende Medienkritik, in Fest-
schrift für Ernst Klingmüller,
Karlsruhe 1974, S. 49 ff.
- Anmerkung zum Urteil des BGH vom 9.
12. 1975 ("Warentest"), JZ 1976,
451 f.
- DIEDERICHSEN, Uwe Zur gesetzlichen Neuordnung des
Schuldrechts, AcP 182 (1982), S.
101 ff.
- DREHER/TRÖNDLE Strafgesetzbuch und Nebengesetze,
40. Aufl., München 1981
- DÜRIG, Günter Grundrechte und Zivilrechtsprechung,
in Festschrift für Hans Nawiasky,
München 1956, S. 157 ff.
- Freizügigkeit, in: Neumann-Nipper-
dey-Scheuner, Die Grundrechte, Band
II, 2. Aufl., Berlin 1968, S. 507
ff (Dürig, Die Grundrechte)
- ENNECCERUS-LEHMANN Recht der Schuldverhältnisse, 15.
Aufl., Tübingen 1958
- ENNECCERUS-NIPPERDEY Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts, 1. Halbband, 15. Aufl.,
Tübingen 1959

- ENTWURF eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, ausgearbeitet durch die vom Bundesrat berufene Kommission, Amtliche Ausgabe, Berlin 1888
- ERMAN, Walter Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band (§§ 1-853), 7. Aufl., Münster 1981
- ESSER, Josef Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956 (Esser, Grundsatz und Norm)
- Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, in Festschrift für Fritz v.Hippel, Tübingen 1967, S. 95 ff.
- Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1969 (Esser, SchuldR. BT)
- ESSER-WEYERS Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, Teilband 2, 5. Aufl., Heidelberg-Karlsruhe 1979 (Esser-Weyers, SchuldR. BT, Teilbd. 2)
- FABRICIUS, Fritz Zur Dogmatik des "sonstigen Rechts" gemäß § 823 Abs. 1 BGB, AcP 160 (1960), S. 273 ff.
- FIKENTSCHER, Wolfgang Das Recht am Gewerbebetrieb (Unternehmen) als "sonstiges Recht" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, in Festgabe für Heinrich Kronstein, Karlsruhe 1967, S. 261 ff.
- Schuldrecht, 6. Aufl., Berlin-New York 1976
- FISCHÖTTER Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21. 6. 1966 ("Höllenfeuer"), GRUR 1966, 697 f.
- FRITZE, Ulrich Wettbewerb und Grundrecht der freien Meinungsäußerung, NJW 1968, 2358 ff.
- GALLWAS, Hans Ulrich Der Mißbrauch von Grundrechten, Berlin 1967

- GEIGER, Willi Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung, Stuttgart 1960
- v.GIERKE, Otto Deutsches Privatrecht, in: Bindings Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, Band III, Schuldrecht, München und Leipzig 1917 (v.Gierke, Schuldrecht)
- GIESEKE, Paul Recht am Unternehmen und Schutz des Unternehmens, GRUR 1950, 298 ff.
- HABERMAS, Juergen Strukturwandel der Öffentlichkeit, 4. Aufl., Neuwied 1969
- HAGER, Günter Haftung bei Störung der Energiezufuhr, JZ 1979, 53 ff.
- HEFERMEHL, Wolfgang Der Warentest in rechtlicher Sicht, GRUR 1962, 611 ff.
- HELLE, Ernst Über öffentliche vergleichende Waren-Tests und die Grenzen ihrer Zulässigkeit, NJW 1962, 1177 ff.
- Der Schutz der Persönlichkeit, der Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht, 2. Aufl., Tübingen 1969
- HERSCHEL, Wilhelm Zivilrechtliche Bedeutung des strafrechtlichen Analogieverbotes, NJW 1968, 533 f.
- HESSE, Konrad Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl., Heidelberg-Karlsruhe 1980 (Hesse, Verfassungsrecht)
- v.HIPPEL, Eike Verbraucherschutz, 2. Aufl., Tübingen 1979
- HUBER, Konrad Verkehrspflichten zum Schutz fremden Vermögens, in Festschrift für Ernst v.Caemmerer, Tübingen 1978, S. 359 ff.
- HUBMANN, Heinrich Das Recht am Unternehmen, ZHR 117 (1955), S. 41 ff.
- Grundsätze der Interessenabwägung, AcP 155 (1955), S. 85 ff.
- Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., Münster 1967

- HUBMANN, Heinrich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 3.6. 1975, JZ 1975, 639.
- ISAY, Rudolf Das Recht am Unternehmen, Berlin-Frankfurt 1910
- JAUERNIG/SCHLECHTRIEM/
STÜRNER/TEICHMANN/
VOLLKOMMER Bürgerliches Gesetzbuch, 2.Aufl., München 1981 (Jauernig-Bearbeiter)
- JOERGES, Christian Verbraucherschutz als Rechtsproblem, Heidelberg 1981
- KATZENBERGER, Paul Das Recht am Unternehmen und unlauterer Wettbewerb, Köln 1967
- KELLER, Hans-Joachim Der Warentest in der Rechtsordnung, Diss. Frankfurt 1966
- KNOPP, Werner Grundfragen der rechtlichen Beurteilung von Unternehmensschädigungen durch Demonstranten, in Festschrift für Wolfgang Hefermehl, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1972, S. 403 ff.
- KOEBEL, Ulrich Der Schutz der gewerblichen und beruflichen Betätigung gegen schädigende nicht wettbewerbliche Äußerungen, JZ 1960, 433 ff.
- v.KÖLLER, Karsten Meinungsfreiheit und unternehmensschädigende Äußerung, Berlin 1971 (v.Kölller, Meinungsfreiheit)
- KÖRNER, Gerhard Der Rechtsschutz des Unternehmens nach § 823 Abs. 1 BGB, Diss. Frankfurt 1959
- KÖTZ, Hein Deliktsrecht, Frankfurt 1976
- KOMMENTAR zum Bonner Grundgesetz, Stand: 43. Lieferung, Hamburg 1981 (Bearbeiter in Bonner Kommentar)
- KOMMENTAR ZUM BÜRGER-
LICHEN GESETZBUCH Reihe Alternativkommentare, Band 3, Besonderes Schuldrecht, Neuwied und Darmstadt 1979 (Bearbeiter in Alt. Komm. BGB)
- KOZIOL, Helmut Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte, Wien-New York 1967
- KRASSER, Rudolf Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter, Köln-Berlin-Bonn-München 1971

- KÜBLER, Friedrich Wirtschaftsordnung und Meinungs-
freiheit, Tübingen 1966
- Anmerkung zum Urteil des BGH vom
21.6. 1966 ("Höllenfeuer"), JZ 1967,
177 ff.
- Der Referentenentwurf für ein neues
Schadensersatzrecht und die zivil-
rechtliche Haftung der Presse, JZ
1968, 542 ff.
- Öffentliche Kritik an gewerblichen
Erzeugnissen und beruflichen Lei-
stungen, AcP 172 (1972), S. 177 ff.
- in: Dworkin u.a., Die Haftung der
Massenmedien, insbesondere der Pres-
se, bei Eingriffen in persönliche
oder gewerbliche Rechtspositionen,
Frankfurt 1972, S. 123 ff (Kübler,
Haftung der Massenmedien)
- KÜSTER, Otto Persönlichkeitsschutz und Presse-
freiheit, Karlsruhe 1960
- LANGE-KÖHLER BGB - Allgemeiner Teil, 17. Aufl.,
München 1980
- LARENZ, Karl Derogierende Kraft des Gerichtsge-
brauchs, NJW 1951, 497 ff.
- Anmerkung zum Urteil des BGH vom
10.7. 1963 ("Blinkfuer"), in AP Nr.
2 zu Art. 5 I GG, Bl. 130 ff.
- Kennzeichen geglückter richterli-
cher Rechtsfortbildungen, Karls-
ruhe 1965
- Allgemeiner Teil des deutschen Bür-
gerlichen Rechts, 4. Aufl., München
1977 (Larenz, Allgem. Teil)
- Lehrbuch des Schuldrechts,
I. Band: Allgemeiner Teil, 12. Aufl.,
München 1979 (Larenz, SchuldR.AT)
II. Band: Besonderer Teil, 12. Aufl.,
München 1981 (Larenz, SchuldR.BT)
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
4. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York
1979 (Larenz, Methodenlehre)

- LEHMANN/HÜBNER Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Gesetzbuches, 16. Aufl., Berlin 1966
(Lehmann/Hübner, Allgem. Teil)
- LEIBHOLZ-RINCK Grundgesetz für die Bundesrepublik
Deutschland. Kommentar an Hand der
Rechtsprechung des Bundesverfassungs-
gerichts, 6. Aufl., Köln ab 1979
- LEINEMANN, Wolfgang Ewiges Zunftrecht oder Recht auf
Freiheit?, AuR 1970, 289 ff.
- LEIPZIGER KOMMENTAR Strafgesetzbuch, Zweiter Band (§§
80-262), 9. Aufl., Berlin/New York
1974 (LK-Bearbeiter)
- LEISNER, Walter Grundrechte und Privatrecht, Mün-
chen 1960
- LEMHÖFER, Bernt Viel Licht, mancher Schatten - Zum
Referentenentwurf eines Gesetzes
zur Änderung und Ergänzung schadens-
ersatzrechtlicher Vorschriften,
VersR 1967, 1126 ff.
- LERCHE, Peter Werbung und Verfassung, München 1967
- LESSMANN, Herbert Persönlichkeitsschutz juristischer
Personen, AcP 170 (1970), S. 266 ff.
- v.LISZT, Franz Die Deliktsoobligationen im System
des Bürgerlichen Gesetzbuchs,
Berlin 1898
- LÖFFLER, Martin Presserecht, Band I, Allgemeines
Presserecht, 2. Aufl., München 1969
- LÖFFLER-RICKER Handbuch des Presserechts, München
1978
- LÖHR, H.Dieter Anmerkung zum Urteil des BGH vom 9.
12. 1975 ("Warentest"), AfP 1976,
36 f.
- LÖWISCH, Manfred Der Deliktsschutz relativer Rechte,
Berlin 1970
- MALLMANN, Walter Pressepflichten und öffentliche Auf-
gabe der Presse, JZ 1966, 625 ff.
- v.MANGOLDT-KLEIN Das Bonner Grundgesetz, Band 1, Ber-
lin und Frankfurt 1966
- MAUNZ, Theodor Deutsches Staatsrecht, 23. Aufl.,
München 1980

- MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ Grundgesetz, Kommentar, Band 1 (Art. 1-19), Band 3 (Art. 92-146), Lieferungen 1-18, München (Stand September 1980)
- MAURACH/SCHROEDER Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 6. Aufl., Heidelberg-Karlsruhe 1977
- MEDICUS, Dieter Bürgerliches Recht, 10. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1981
- MERTENS, Hans Joachim Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, Stuttgart 1967
- Deliktsrecht und Sonderprivatrecht - Zur Rechtsfortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen, AcP 178 (1978), S. 227 ff.
- Verkehrspflichten und Deliktsrecht - Gedanken zu einer Dogmatik der Verkehrspflichtverletzung, VersR 1980, 397 ff.
- MERZ, Hans Auslegung, Lückenfüllung und Normberichtigung, AcP 163 (1963), S. 305 ff.
- MESTMÄCKER, Ernst-Joachim Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, JZ 1958, 521 ff.
- MEYER-LADEWIG, Jens Justizstaat und Richterrecht, AcP 161 (1961), S. 97 ff.
- MOTIVE zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1888 (Motive II)
- MUGDAN, B. Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 2, Schuldverhältnisse, Berlin 1899 (Mugdan, Materialien, Bd. 2)
- MÜLLER-ERZBACH, Rudolf Die Erhaltung des Unternehmens, ZHR 61 (1908), S. 357 ff.
- v.MÜNCH, Ingo Grundgesetz - Kommentar, Band 1 (Präambel bis Art. 20), 2. Aufl., München 1981

MÜNCHENER KOMMENTAR	Zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2: Schuldrecht - Allgemeiner Teil (§§ 241-432), München 1979, Band 3: Schuldrecht - Besonderer Teil, 2. Halbband (§§ 657-853), München 1980 (Bearbeiter in MünchK.)
MÜNZBERG, Wolfgang	Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, Frankfurt 1966
NAHME, Hans-Dieter	Pressefreiheit und Wettbewerb, GRUR 1964, 484 ff.
NETTESHEIM, Wolfgang	Öffentliche Kritik eines Verbrauchers an mangelhaften Waren, BB 1976, 18 ff.
NEUMANN-DUESBERG, Horst	Totales und partielles Ausschuß- recht, SJZ 1950, 483 f.
-	Einschränkung des Geltungsbereichs des § 824 BGB durch die Meinungs- und Informationsfreiheit, NJW 1968, 81 ff.
NIPPERDEY, Hans Carl	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 11.5. 1956, MDR 1956, 736.
-	Boycott und freie Meinungsäußerung, DVBl 1958, 445 ff.
-	Grundrechte und Privatrecht, Krefeld 1961
-	Tatbestandsaufbau und Systematik der deliktischen Grundtatbestände, NJW 1967, 1985 ff.
OERTMANN, Paul	Der Schadensersatzanspruch des obli- gatorisch Berechtigten, in Festgabe für Heinrich Dernburg, Berlin 1900, S. 61 ff.
-	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz- buch und seinen Nebengesetzen, 2. Buch, Das Recht der Schuldver- hältnisse, 2. Abteilung, 5. Aufl., Berlin 1929
PÄRN, Franziskus	Tatsachenmitteilung und Tatsachen- behauptung, NJW 1979, 2544 ff.
PALANDT, Otto	Bürgerliches Gesetzbuch, 41. Aufl., München 1982.

- PLANCK'S Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Band, 2. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil), 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1928
- PREUSCHE, Rainer Unternehmensschutz und Haftungsbeschränkung im Deliktsrecht, Berlin 1974 (Preusche, Unternehmensschutz)
- PROTOKOLLE der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band VI, Berlin 1899 (Protokolle, Bd. VI)
- RAISER, Ludwig Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, JZ 1961, 465 ff.
- Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: summum ius summa iniuria, Tübingen 1963, S. 145 ff.
- Grundgesetz und Privatrechtsordnung, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, München und Berlin 1967, Band II, Teil B 1 ff.
- RAMM, Thilo Der Streik als unerlaubte Handlung, AuR 1964, 321 ff.
- Der Wandel der Grundrechte und der freiheitliche soziale Rechtsstaat, JZ 1972, 137 ff.
- REFERENTENENTWURF eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadenersatzrechtlicher Vorschriften, Karlsruhe 1967 (Referentenentwurf)
- REICH, Norbert Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz, ZRP 1974, 187 ff.
- REICH-MICKLITZ Verbraucherschutzrecht in der Bundesrepublik Deutschland, New York-Cincinnati-Toronto-London-Melbourne 1981
- REIMER, Ernst Anmerkung zum Urteil des BGH vom 2. 7. 1963 ("Elektronenorgel"), GRUR 1964, 164 f.

- REINHARDT, Rudolf Das subjektive Recht in § 823 Abs.1
BGB, JZ 1961, 713 ff.
- Die subjektiven Rechte in § 823
Abs. 1 BGB, in Karlsruher Forum
1961 (Beiheft VersR), S. 3 ff.
- Zivilrechtlicher Schutz des Anse-
hens und berechnigte Interessen-
wahrnehmung, in Festschrift für
Heinrich Lange, München 1970, S.
195 ff.
- REINHARDT-KÖNIG Richter und Rechtsfindung, München
und Berlin 1957
- REUSS, W. Der sogenannte "Käuferstreik", AcP
156 (1956), S. 89 ff.
- RIDDER, Helmut K.J. Meinungsfreiheit, in: Neumann-Nip-
perdey-Scheuner, Die Grundrechte,
Band II, 2. Aufl., Berlin 1968,
S. 243 ff (Ridder, Die Grundrechte)
- RINCK, Gerd Organisation und Auswertung von Wa-
rentests, BB 1963, 1027 ff.
- RINGEL, Klaus Kritische Betrachtungen zum Recht
am eingerichteten und ausgeübten
Gewerbebetrieb unter besonderer Be-
rücksichtigung der höchstrichter-
lichen Rechtsprechung, Diss. Mar-
burg 1973 (Ringel, Recht am Gewer-
bebetrieb)
- RÖDIG, Jürgen Erfüllung des Tatbestandes des § 823
Abs. 1 BGB durch Schutzgesetzver-
stoß, Bielefeld 1973
- Buchbesprechung (Buchner, Gewerbe-
betrieb), ZHR 138 (1974), S. 569 ff.
- SAMBUC, Thomas Anmerkung zum Urteil des OLG Stutt-
gart vom 4.7. 1975, JZ 1975, 700 f.
- SCHIPPEL, Helmut Das Recht am eingerichteten und aus-
geübten Gewerbebetrieb, München/
Köln/Berlin 1956
- SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN Kommentar zum Grundgesetz für die
Bundesrepublik Deutschland, 5.
Aufl., Neuwied und Darmstadt 1980
- SCHMIEDEL, Burkhard Deliktsobligationen nach deutschem
Kartellrecht, Tübingen 1974
(Schmiedel, Deliktsobligationen)

- SCHNEIDER, Peter Pressefreiheit und Staatssicherheit, Mainz 1968
- SCHÖNKE-SCHRÖDER Strafgesetzbuch, 20. Aufl., München 1980
- SCHRAUDER, Gerhard Wettbewerbsverstöße als Eingriffe in das Recht am Gewerbebetrieb, Bielefeld 1970
- SCHRICKER, Gerhard Öffentliche Kritik an gewerblichen Erzeugnissen und beruflichen Leistungen, AcP 172 (1972), S. 203 ff.
- Anmerkung zum Urteil des BGH vom 9. 12. 1975 ("Warentest"), GRUR 1976, 274 f.
- SCHULTZ, Dietrich Vergleichender Warentest und Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, NJW 1963, 1801 ff.
- SEITER, Hugo Streikrecht und Aussperrungsrecht, Tübingen 1975
- SIMITIS, Konstantin Verbraucherschutz - Schlagwort oder Rechtsprinzip?, Baden-Baden 1976
- SIMON, Jürgen Anmerkung zum Urteil des BGH vom 20.6. 1978, NJW 1979, 265 f.
- SOERGEL-SIEBERT Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht I (§§ 241-610), 10. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1967
Band 3, Schuldrecht II (§§ 611-853), 10. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1969
- v.STAUDINGER, Julius Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Erstes Buch, Allgemeiner Teil (§§ 1-89), 12. Aufl., Berlin 1980, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse (§§ 242,243), 12. Aufl., Berlin 1981, (§§ 255-327), 12. Aufl., Berlin 1979, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Teil, §§ 823-853, 10./11. Aufl., Berlin 1975
- STEFFEN, Erich Wahrheit und Wertung in der Pressekritik, AfP 1979, 284 ff.
- Verkehrspflichten im Spannungsfeld von Bestandsschutz und Handlungsfreiheit, VersR 1980, 409 ff.

- STEINDORFF, Ernst Buchbesprechung (Nikisch, Arbeitsrecht), JZ 1960, 582 ff.
- Die guten Sitten als Freiheitsbeschränkung, in: *summum ius summa iniuria*, Tübingen 1963, S. 58 ff.
- TETZNER, Heinrich Der verbraucherorientierte öffentliche Warentest, NJW 1965, 725 ff.
- TEUBNER, Gunther Standards und Direktiven in General-klauseln. Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht, Frankfurt 1971
- v. THUR, Andreas Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band 1, Leipzig 1910.
- TILMAN, Winfried Haftungsbegrenzung im Äußerungsdeliktsrecht, NJW 1975, 758 ff.
- Anmerkung zum Urteil des BGH vom 9. 12. 1975 ("Warentest"), NJW 1976, 624 f.
- UHLITZ, Otto Gewerbeschädigende Werturteile, NJW 1966, 2097 ff.
- ULMER, Eugen Vergleichende Warentests, in: *Ulmer-Bock-Günter-Kluy, Vergleichende Warentests, FIW-Schriftenreihe, Heft 20*, 1964, S. 11 ff.
- Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Band III, Deutschland (von D.Reimer), München-Köln 1968 (Ulmer-Reimer, Unlauterer Wettbewerb, Bd. III)
- VÖLP, Fromut Probleme des Rechts am Gewerbebetrieb, WuW 1956, 31 ff.
- Der Einfluß des Kartellrechts auf den gewerblichen Rechtsschutz, WuW 1959, 89 ff.
- Vergleichende Warentests, WRP 1963, 109 ff.
- WARNEYER, Otto Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1. Band, Tübingen 1923

- WEITNAUER, Hermann Rechtsgrundlagen und Schranken der Zulässigkeit öffentlicher vergleichender Warentests, DB 1963, 55 ff.
- WENZEL, Karl Egbert Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21.6. 1966 ("Teppichkehrmaschine"), GRUR 1966, 636 f.
- Empfiehlt es sich, § 824 Abs. 1 BGB in Anlehnung an den heutigen Stand der Rechtsprechung zum Eingriff in den Gewerbebetrieb und zum Persönlichkeitsrecht neu zu fassen?, GRUR 1970, 278 ff.
- Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 2. Aufl., Köln 1979
- WESTERMANN, Harry Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, Münster 1955
- WIEACKER, Franz Rechtsprechung und Sittengesetz, JZ 1961, 337 ff.
- WIETHÖLTER, Rudolf Zur politischen Funktion des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, KJ 1970, 121 ff.
- WOLF, Alfred Die Überarbeitung des Schuldrechts, AcP 182 (1982), S. 80 ff.
- WOLF, Ernst Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, in Festschrift für Fritz v.Hippel, Tübingen 1967, S. 665 ff.
- Kein Abschied vom BGB - Absage an die geplante Neuordnung des Schuldrechts, ZRP 1982, 1 ff.
- ZEUNER, Albrecht Bemerkungen zum Problem der Rechtswidrigkeit aus zivilrechtlicher Sicht, JZ 1961, 41 ff.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die zivilistische Praxis
AfP	Archiv für Presserecht
Alt.Komm.	Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Anm.	Anmerkung
ÄöR	Archiv für das öffentliche Recht
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlage- werk des Bundesarbeitsgerichts
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bl.	Blatt
BT	Besonderer Teil
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungs- gerichts
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag

DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Erg.	Ergebnis
f., ff	folgend(e)
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsver- fassung und Wettbewerb e.V., Köln
Fn.	Fußnote
GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheber- recht
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
Insbes.	insbesondere
i.S.v.	im Sinne von
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des BGH
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht
MünchK.	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
Rdn.	Randnummer
Recht	Das Recht
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rspr.	Rechtsprechung

S.	Seite
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
s.o.	siehe oben
StGB	Strafgesetzbuch
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis mit Kartellrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WZG	Warenzeichengesetz
z.B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das Gesamte Handels- recht und Konkursrecht
Ziff.	Ziffer
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
z.T.	zum Teil
zust.	zustimmend

E i n f ü h r u n g

A. GEGENSTAND DER UNTERSUCHUNG UND AUFGABENSTELLUNG

Die allgemeine Frage nach den Grenzen unternehmensschädigender Äußerungen ist keineswegs neu. Sie war in den vergangenen Jahren - vor allem im Zusammenhang mit dem Problem der rechtlichen Beurteilung vergleichender Warentests - Gegenstand vieler Entscheidungen¹⁾ und einer erheblichen Zahl juristischer Abhandlungen²⁾.

Wenn der Fragenkomplex der Gewerbekritik³⁾ an dieser Stelle trotzdem noch einmal aufgerollt werden soll, so geschieht dies vor allem aus zwei Gründen: In den bisherigen Erörterungen stand die Beurteilung von gewerbeschädigenden Äußerungen durch die Massenmedien ganz im Vordergrund. Vor allem die Behandlung der Warentests scheint auch durch die Grundsatzentscheidung des BGH aus dem Jahre 1975⁴⁾ abschließend geklärt. Dagegen wurde bisher die Frage der rechtlichen Grenzen der Gewerbekritik durch einzelne Verbraucher allenfalls am Rande behandelt. Diese Lücke soll durch die vorliegende Arbeit geschlossen werden. Dabei wird zu prüfen sein, inwieweit die bisher gefundenen Ergebnisse im Bereich der Kritik durch Verbraucher Anwendung

1) Marksteine in der Entwicklung der Rechtsprechung sind BGHZ 3, 270 ff ("Constanze"), BGHZ 45, 296 ff, ("Höllengefeuer") und BGHZ 65, 325 ff ("Warentest").

2) Herausgehoben seien nur Kübler, Öffentliche Kritik an gewerblichen Erzeugnissen und beruflichen Leistungen, AcP 172, S. 177 ff; von Köller, Meinungsfreiheit und unternehmensschädigende Äußerung, 1971; Andresen, Warentest, Diss. 1973.

3) Der Sprachgebrauch zur Kennzeichnung dieser Tatbestände ist nicht einheitlich: Gegenstand der Arbeit sind nur unternehmensschädigende Äußerungen durch Kritik an Waren und gewerblichen Leistungen; vgl. zu diesem Ansatz auch von Köller, Meinungsfreiheit, S. 1 f.

4) BGHZ 65, 325 ff.

finden können und welche besonderen Beurteilungskriterien aufzustellen sind.

Zum anderen bietet das Thema aber auch Gelegenheit, nochmals die allgemeinen deliktsrechtlichen Grundlagen zur Beurteilung gewerbeschädigender Äußerungen zu erörtern. Dabei wird vor allem auf das vielfach behandelte sog. "Recht am (eingerrichteten und ausgeübten) Gewerbebetrieb"¹⁾ zurückzukommen sein, zu dessen Diskussion hier ein weiterführender Beitrag geliefert werden soll²⁾.

Der Frage nach der deliktsrechtlichen Einordnung unternehmensschädigender Äußerungen soll im ersten Teil der Arbeit nachgegangen werden. Aufgrund des dann gefundenen dogmatischen Weges sollen im zweiten Teil der Untersuchung die Kriterien zur Beurteilung der speziellen Fallgruppe der Gewerbekritik durch einzelne Verbraucher aufgezeigt und auf diese Weise auch ein Beitrag dazu geleistet werden, die Stellung des Verbrauchers in der Rechts- und Wirtschaftsordnung näher zu umreißen.

B. BEISPIELSFÄLLE AUS DER RECHTSPRECHUNG

Angesichts der Tatsache, daß das angezeigte Thema bisher kaum behandelt worden ist, liegt der Schluß nahe, es lohne auch keine Erörterung. Dem ist freilich nicht so. Allerdings kommt es nicht häufig vor, daß Verbraucher, die mit Produkten oder anderen gewerblichen Leistungen schlechte Erfahrungen gemacht haben, mit ihrer Kritik vor die Öffentlichkeit treten. Wenn aber Verbraucher diesen Schritt wagen, laufen sie sehr schnell Gefahr, von den kritisierten Unternehmen auf Widerruf, Unterlassung oder gar Schadenersatz verklagt zu werden, wenn sie ihre Kritik nicht zurückzie-

1) In der neueren Literatur wird meist vom "Recht am Unternehmen" gesprochen; vgl. etwa Mertens in MünchK., § 823, Rdn. 484. Hier werden beide Begriffe synonym gebraucht.

2) Grundlegend für die neuere Diskussion ist das Werk Buchners, Die Bedeutung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb für den deliktsrechtlichen Unternehmensschutz, 1971.

hen¹⁾. Nur wenige Verbraucher, Privatpersonen also, gehen dann das immense Kostenrisiko eines Prozesses gegen das wirtschaftlich viel stärkere Unternehmen ein, so daß das vorliegende Entscheidungsmaterial naturgemäß nicht sehr groß ist.

Schrickt der Kritiker vor diesem Risiko nicht zurück und kommt es zum Prozeß, so macht sich bei den Instanzgerichten wegen des fehlenden Fallmaterials zu dem Problem eine Unsicherheit hinsichtlich der maßgeblichen Beurteilungskriterien bemerkbar. Angesichts dieser Lage soll die vorliegende Arbeit durch tiefere Durchdringung des Problems Erkenntnismaßstäbe liefern.

Vier Beispiele aus der Rechtsprechung sollen die Relevanz des Themas verdeutlichen:

I. LG Kempten - "Fiat"²⁾:

Dem im Jahre 1972 entschiedenen Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Beklagte war mit seinem drei Jahre alten Fiat äußerst unzufrieden, da der Wagen schon erheblich von Rost befallen war. Er stellte deshalb das Fahrzeug an verschiedenen Orten zur Schau, wobei er an dem PKW Plakate angebracht hatte, die u.a. folgendermaßen lauteten: "Fiat betrügt Kunden", "Achtung, Automobilwerke, ich biete diesen Wagen zum Kauf an: An diesem Wagen können Sie lernen, wie man ausgereifte Autos nicht bauen sollte". In die Rostlöcher im Kotflügel steckte er Blumen mit der Aufforderung an Fiat, lieber Blumenvasen oder Küchensiebe zu bauen. Fiat hatte zu dieser Zeit auch mit der besonderen Langlebigkeit seiner Wagen geworben.

-
- 1) Den rechtstatsächlichen Hintergrund des Prozeßrisikos insbes. aus der Anfangszeit der Warentests schildert Andresen, Warentest, S. 17 ff, 140 ff.
 - 2) BB 1973, 163 f; Anm. von Andresen, JZ 1973, 518 f; dazu auch Nettesheim, BB 1976, 18 ff.

Die deutsche Niederlassung von Fiat forderte den Beklagten mehrfach vergeblich auf, die Plakataktionen abzuberechnen. Schließlich verklagte sie ihn auf Unterlassung. Das LG Kempten verurteilte den Beklagten lediglich, die Behauptung "Fiat betrügt Kunden" zu unterlassen; im übrigen wies es die Klage ab. Auf die Urteilsbegründung soll an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden.

Interessant ist der von Andresen¹⁾ mitgeteilte Ausgang des Verfahrens: In einem außergerichtlichen Vergleich verzichtete Fiat auf die Einlegung der Berufung gegen das Urteil und auf die weitere Verwendung des Werbespruches, Fiat-Wagen seien im Vergleich zu anderen Autos besonders langlebig. Außerdem kaufte Fiat den Wagen zu einem unverhältnismäßig hohen Preis wieder zurück. Dafür verzichtete der Beklagte auf weitere Attacken. Insgesamt kam damit ein einzelner Verbraucher zu einem glänzenden Erfolg über einen Industriegiganten, weshalb Nettesheim sein Auftreten zu Recht mit dem Verhalten eines Michael Kohlhaas vergleicht²⁾.

II. LG Berlin - "Silberne Zitrone"³⁾:

In dem ähnlich gelagerten Fall ging es um den Sportwagen "Simca-Matra-Bagherra". Der Beklagte beteiligte sich mit seinem Wagen dieses Typs an einem Wettbewerb des ADAC für fabrikneue, aber dennoch mit erheblichen Mängeln behaftete Wagen. Sein Wagen erhielt den Negativpreis "Silberne Zitrone 74/75", da er im Wettbewerb die meisten Mängel aufwies. In der Verbandszeitschrift "ADAC-Motorwelt" erschien darüber ein mehrseitiger Bericht.

Der Beklagte schloß sich daraufhin mit anderen Besitzern dieses Fahrzeugtyps zu einer "Interessengemeinschaft der Bagherra-Geschädigten" in Berlin zusammen; sie warben mit Rundschreiben unter den Bagherra-Fahrern für die Mitgliedschaft in der Interessengemeinschaft.

1) JZ 1973, 518 f, 519.

2) BB 1976, 18.

3) DB 1976, 528 ff.

Die Vertriebsgesellschaft des Automobilwerkes verklagte daraufhin die Mitglieder der Interessengemeinschaft auf Unterlassung der Bezeichnung "Interessengemeinschaft der Baghera-Geschädigten", auf Unterlassung des Zur-Schau-Stellens ihrer Wagen und auf Unterlassung verschiedener Behauptungen.

Das LG Berlin verurteilte die Beklagten nur zur Unterlassung zweier als unwahr angesehener Behauptungen, im übrigen wies es die Klage ab, wobei auch diese Urteilsbegründung hier noch nicht weiter interessieren soll.

Gerade dieser Fall zeigt deutlich, daß der nicht so vermögende Privatmann zuerst als Klagegegner ausgewählt wird und nicht ein mächtiger und finanzstarker Verband. Schließlich hatte hier der ADAC den Wettbewerb um die "Silberne Zitrone" veranstaltet und die Ergebnisse in seiner auflagenstarken Zeitschrift veröffentlicht. Diese war mit Sicherheit auch publikumswirksamer und damit für die Klägerin schädigender als die Aktion der Beklagten in Berlin. Verklagt wurde aber nicht der mächtige Verband, sondern der private Verbraucher, bei dem man eher ein Aufgeben erwarten konnte¹⁾.

Zu erwähnen bleiben noch zwei weitere Fälle, bei denen sogar der BGH über gewerbeschädigende Äußerungen durch Privatpersonen zu entscheiden hatte. Beide Fälle bewegen sich aber eher im Randbereich der hier aufgezeigten Problematik. Der BGH sah sich bei ihnen auch nicht veranlaßt, in die Grundprobleme der Gewerbekritik durch Verbraucher einzudringen. Auf Einzelfragen zu diesen Fällen wird später noch zurückzukommen sein.

1) Bezeichnenderweise blieb der ADAC als mitgliederstarker Verband im Gegensatz zu anderen Warentestern bisher von Prozessen weitgehend verschont; vgl. Andresen, Warentest, S. 144 f.

III. BGH - "Elektronenorgel"¹⁾:

In diesem Fall ging es um den Leserbrief eines Studenten auf einen Zeitschriftenartikel über die Vorzüge von elektronischen Orgeln in der Kirchenmusik. In dem Leserbrief legte der Beklagte dar, elektronische Orgeln seien für den Kirchengebrauch ungeeignet; Gemeinden, die solche Orgeln hätten, versuchten, sie wieder loszuwerden. Die Klägerin, die elektronische Orgeln herstellte und auch an Kirchengemeinden lieferte, nahm den Beklagten auf Unterlassung und Widerruf seiner Behauptungen in Anspruch.

Der BGH hat die Klage in letzter Instanz abgewiesen.

IV. BGH - "Makler"²⁾:

In diesen Fall hatte der Beklagte das Geschäftsgebaren eines Maklers, mit dessen Tätigkeit er unzufrieden war, in Gesprächen kritisiert und den Vorwurf erhoben, der Makler habe ihn übervorteilt. Der BGH ging in dem Fall davon aus, daß der Vorwurf in seinem Kern berechtigt gewesen sei und hat deshalb die Klage abgewiesen.

Die Beispiele mögen genügen, um aufzuzeigen, daß gerade der einzelne Verbraucher, wenn er es wagt, mit seiner Kritik an Waren oder Dienstleistungen an die Öffentlichkeit zu treten, Gefahr läuft, von dem betroffenen Unternehmen auf Unterlassung, Widerruf oder gar Schadenersatz in Anspruch genommen zu werden und daß deshalb die Notwendigkeit besteht, gerade den Aspekt der Verbraucherkritik einmal näher zu untersuchen und zu versuchen, Maßstäbe zur Beurteilung dieser speziellen Fallgruppe aus dem großen Bereich der verschiedenen Formen unternehmensschädigender Auseinandersetzungen zu erarbeiten.

1) GRUR 1964, 162 ff.

2) NJW 1967, 390.

1. Teil : Dogmatische Einordnung der Gewerbekritik

A. BEHANDLUNG DER PROBLEMATIK IN RECHTSPRECHUNG UND LITERATUR

I. Allgemeines

Wer sich gegen Kritik an seinen Waren oder sonstigen gewerblichen Leistungen zur Wehr setzen will, ist, soweit zum Kritisierenden keine Vertragsbeziehungen bestehen, auf die Geltendmachung deliktischer Ansprüche angewiesen.

Ausgeklammert werden soll in dieser Arbeit der Fall, daß die Kritik zu Wettbewerbszwecken, dh zur Förderung von Wettbewerbsvorteilen, erfolgt. Bei dem hier zu behandelnden Thema der Kritik durch Verbraucher haben wir es mit wettbewerbsneutralen Tatbeständen zu tun, so daß das Sonderrecht des UWG außer Betracht bleiben kann¹⁾.

Ausgehend von der gesetzlichen Regelung der §§ 823 ff BGB hat der Kritisierte an sich nur folgende Abwehrmöglichkeiten: Nicht zu dulden braucht er gemäß § 824 BGB unwahre Tatsachenbehauptungen und nach §§ 823 Abs. 2 BGB iVm 185 ff StGB beleidigende und verleumderische Äußerungen. Im übrigen sind Äußerungen nur unzulässig, wenn sie als sittenwidrige Schädigung angesehen werden können (§ 826 BGB).

Betrachtet man nun die Entscheidungen und Abhandlungen zum Bereich der unternehmensschädigenden Äußerungen, so stehen nicht die genannten Ansprüche im Vordergrund, sondern erörtert wird in erster Linie § 823 Abs. 1 BGB in Form der von der Rechtsprechung entwickelten Rechtsfigur des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als sonstigem Recht iSv § 823 Abs. 1 BGB.

Diese Entwicklung der Rechtsprechung soll daher zunächst in ihren Grundzügen dargestellt werden.

1) Das Wettbewerbsrecht enthält in den §§ 1,14,15 UWG Sonderbestimmungen für den Unternehmensschutz gegen schädigende Äußerungen im Wettbewerb; zur Systematik der gesetzlichen Bestimmungen vgl. Baumbach-Hefermehl, §§ 14,15 UWG, Rdn. 1 ff.

II. Entwicklung der Rechtsprechung

1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts

a. Rechtsprechung zum Recht am Gewerbebetrieb

Schon vor Erlaß des BGB argumentierte das RG mit einem "Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb"¹⁾. Als eigentliche Geburtsstunde der Anerkennung dieser Rechtsfigur als "sonstiges Recht" iSv § 823 Abs. 1 BGB gilt aber die Entscheidung des RG vom 27.2. 1904²⁾, in der es heißt: "Dadurch, daß es sich bei dem bestehenden selbständigen Gewerbebetriebe nicht bloß um die freie Willensbetätigung des Gewerbetreibenden handelt, sondern dieser Wille darin bereits seine gegenständliche Verkörperung gefunden hat, ist die feste Grundlage für die Annahme eines subjektiven Rechts an diesem Betriebe gegeben. Störungen und Beeinträchtigungen, welche sich unmittelbar gegen den Gewerbebetrieb richten, dürfen deshalb als eine unter § 823 Abs. 1 BGB fallende Rechtsverletzung angesehen werden"³⁾.

Mit Hilfe dieses sonstigen Rechts konstituierte das RG damals eine Schadenersatzverpflichtung bei unberechtigten Schutzrechtsverwarnungen.

Das Schutzgut des Gewerbebetriebes behielt das RG in den nächsten Jahrzehnten bei. Allerdings erfuhr das einmal sehr weit gefaßte, umfassend formulierte subjektive Recht keinen entsprechend umfassenden Rechtsschutz, sondern die Entwicklung ist gekennzeichnet von verschiedenen Versuchen, den Anwendungsbereich wieder einzuschränken. Insgesamt fand keine kontinuierliche Rechtsentwicklung statt, sondern es bietet sich ein widersprüchliches Bild verschiedener Argumentationsstränge, das noch durch Fehlzitate verstärkt

1) zB RGZ 51, 66 ff.

2) RGZ 58, 24 ff ("Krimmerläufer").

3) RGZ 58, 24 ff, 29 f.

wird¹⁾.

Ein Beispiel dafür, daß das an sich weit formulierte Rechtsgut keinen entsprechend weiten Schutz erfuhr, bietet gerade die Rechtsprechung des RG zum Bereich der hier interessierenden unternehmensschädigenden Äußerungen. Das RG hatte sich immer wieder mit Fällen von Warenkritik durch wettbewerbsneutrale Personen zu befassen, wenn auch nicht mit spezieller Verbraucherkritik, einem demnach erst in jüngerer Zeit auftauchenden Problem. In keinem Fall hat aber das RG den betroffenen Unternehmen Rechtsschutz gewährt.

aa. In den ersten Entscheidungen²⁾ sah das RG das zunächst für den Bereich des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts entwickelte Recht am Gewerbebetrieb nicht durch Warenkritik als verletzt an, da es an der erforderlichen Unmittelbarkeit des Eingriffs fehle: Durch die Kritik werde nicht der Vertrieb der Waren behelligt, sondern nur die Kauflust der Verbraucher geschwächt. Kein Gewerbetreibender habe aber einen Anspruch darauf, daß seine Ware auch tatsächlich von den Abnehmern bezogen werde.

bb. In einer späteren Entscheidung³⁾ schränkte das RG die Voraussetzungen für einen Eingriff in den Gewerbebetrieb noch stärker ein: Entscheidend sollte nicht sein, ob sich die Kritik unmittelbar nachteilig auf den Ertrag des Herstellers auswirkt, sondern ob eine Antastung des Gewerbebetriebes als solchem vorliegt. Diese Einschränkung wird allgemein als Begrenzung auf den Bestandsschutz des Unternehmens charakterisiert⁴⁾.

1) Vgl. die eingehenden Analysen der Rspr. des RG bei Fikentscher, Festgabe für Kronstein, S. 266 ff und bei Wiethölter, KJ 1970, 121 ff.

2) RGZ 60, 1 ff ("Javol"); RG Recht 1908, Nr. 1376 ("Palmin").

3) RG JW 1911, 712 Nr. 12 ("Ding an sich").

4) Buchner, Gewerbebetrieb, S. 64 ff; Andresen, Warentest, S. 62 f.

Das RG hat diese Restriktion für den Bereich der wettbewerbsneutralen Kritik beibehalten. Für den Bereich der wettbewerbsinternen Kritik sollte dagegen die Beschränkung auf den Bestandsschutz nicht gelten¹⁾. Mit der Einführung der Generalklausel des § 1 UWG im Jahre 1909 sind diese Fälle der Auseinandersetzungen zwischen Konkurrenten, insbes. die Fälle vergleichender und herabsetzender Werbung, vom Delikts- in das Wettbewerbsrecht abgewandert.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß das RG die Fälle wettbewerbsneutraler Kritik trotz der Anerkennung eines subjektiven Rechts am Gewerbebetrieb durch Aufstellen einschränkender Kriterien privilegiert behandelt und somit öffentlichen Äußerungen einen weiten Spielraum belassen hat.

b. Rechtsprechung zu § 824 BGB

Auch im Bereich des § 824 BGB versuchte das RG, zu Haftungsbeschränkungen zu kommen, um der öffentlichen Warendiskussion den für notwendig erachteten Freiheitsraum zu verschaffen:

aa. In der sog. "Rapidkessel"-Entscheidung von 1914²⁾ machte sich das RG die fließende Grenze zwischen Tatsachenbehauptung und Meinungsäußerung zunutze und lehnte es ab, Äußerungen, die an sich unrichtig waren, als unter § 824 BGB fallende Tatsachenbehauptungen anzusehen. Das RG begründete dies damit, daß die Darstellungen von Ergebnissen fachwissenschaftlicher Untersuchungen nicht Behauptungen tatsächlicher Art, sondern subjektive Wahrnehmungen und Urteile seien, da jede wissenschaftliche Erkenntnis nur zu einer relativen Wahrheit führe. Auch wenn der Darstellende sich geirrt habe, sei es auch aus Mangel an Sorgfalt, an Kenntnissen, an Objektivität oder Urteilskraft, könne seine Kundgebung nicht als Tatsachenbehauptung, sondern nur als

1) RG JW 1905, 20 Nr. 19 ("Deutsche Hausfrau") und JW 1908, 133 Nr. 1 ("Schmutzige Prahlerei").

2) RGZ 84, 294 ff; ähnlich RG JW 1928, 2090 ("Titankipprost").

Äußerung seiner subjektiven wissenschaftlichen Überzeugung angesehen werden. Auf diese Weise befreite das RG fachwissenschaftliche Warenkritik von dem Risiko einer Haftung. Streng wissenschaftliche Fundierung der publizierten Erkenntnisse wurde dabei nicht einmal verlangt, sondern privilegiert wurden dadurch generell fachkundige Kritiker.

bb. Diese kaum haltbare Verengung des Begriffs der Tatsachenbehauptung wurde vom RG später kommentarlos wieder aufgegeben. In einer ähnlich gelagerten Entscheidung¹⁾ wurden fachwissenschaftliche Ausführungen ganz selbstverständlich als Tatsachenbehauptungen bezeichnet. Die wohl trotzdem gewollte Haftungsbegrenzung erreichte das RG über die Auslegung des Merkmals "Erwerbsschädigung": Eine solche sollte nur vorliegen bei der Beeinträchtigung der Erwerbstätigkeit des ganzen Unternehmens, nicht aber bei der Beeinträchtigung nur des Absatzes eines Erzeugnisses, womit eine Parallele zum Bestandsschutz beim Recht am Gewerbebetrieb geschaffen war. Auch diese höchst fragwürdige Auslegung hat keine Bedeutung über den entschiedenen Einzelfall hinaus erlangt und wurde vom RG selbst nicht mehr verwendet.

c. Würdigung

Die geschilderte Entwicklung der Rechtsprechung des RG zur außerwettbewerblichen Warenkritik kann kaum als einheitlich bezeichnet werden. Sie ist vielmehr von dem rechtspolitischen Streben gekennzeichnet, zur Gewährleistung einer möglichst freien Warendiskussion diese Art der Kritik im Gegensatz zur wettbewerblichen Kritik von Haftungsrisiken freizuhalten. Dies geschah zwar nicht durch Aufgabe des subjektiven Rechts am Gewerbebetrieb, sondern durch - oft zweifelhafte - Bemühungen um restriktive Auslegungsmöglichkeiten. Die Rechtsprechung des RG kam damit aber in ihren Ergebnissen der ursprünglichen liberalen Konzeption des BGB nahe, daß nur unwahre Tatsachenbehauptungen sowie beleidigende und sittenwidrige Äußerungen unzulässig sind, im übrigen aber auch geschäftsschädigende Kritik hinzunehmen ist.

1) RG JW 1930, 1732 ("Minimax").

2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes

a. Rechtsprechung zum Recht am Gewerbebetrieb

aa. Die frühere Rechtsprechung - "Constanze":

Die vom RG durchgehaltene Privilegierung der wettbewerbsneutralen Kritik durch das einschränkende Erfordernis des Bestandsschutzes wurde vom BGH schon 1951 in der berühmt gewordenen "Constanze"-Entscheidung¹⁾ aufgegeben.

Die Entscheidung basiert auf einem weltanschaulich hart geführten Streit zweier Zeitschriften: Die Beklagte war Verlegerin der Wochenzeitschrift "Kirche und Leben", eines Bistumsblattes. In einer Dekanatsbeilage hieß es u.a. über die Zeitschrift "Constanze", deren Verleger der Kläger war, die Zeitschrift sei "eine Blüte aus dem Sumpf fragwürdiger Kulturerzeugnisse nach Art der Magazine zu nennen". Heute ist kaum mehr verständlich, wie eine solche Aussage einen Rechtsstreit bis zum BGH hervorrufen konnte.

Hätte das RG diesen Fall zu entscheiden gehabt, so hätte es aufgrund seiner Rechtsprechung wohl einen Eingriff in den Gewerbebetrieb mangels Eingriffs in dessen Bestand abgelehnt und die rechtliche Beurteilung nur anhand des § 826 BGB vorgenommen, so wie dies schon in einem ähnlichen Fall erfolgt war²⁾.

Der BGH aber nahm diesen Rechtsstreit zum Anlaß, dem Recht am Gewerbebetrieb einen umfassenden Schutzbereich zu gewähren und das Bestandsschutzerfordernis aufzugeben. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb sei danach wie das Eigentum nicht nur in seinem eigentlichen Bestand, sondern auch in seinen einzelnen Erscheinungsformen, wozu der gesamte gewerbliche Tätigkeitskreis zu rechnen sei, vor unmittelbaren Störungen geschützt³⁾. Begründet wird diese Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung damit, daß ein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung

1) BGHZ 3, 270 ff.

2) RG JW 1915, 913 Nr. 3 ("Leipziger Zeitungsstreit").

3) BGHZ 3, 270 ff, 279 f.

von Wettbewerbs- und Nicht-Wettbewerbsfällen nicht bestehe. Mit dieser pauschalen Formulierung bleibt der BGH aber gerade eine Begründung dafür schuldig, warum Wettbewerbssachverhalte und wettbewerbsneutrale Fälle gleich zu behandeln seien, obwohl der Gesetzgeber selbst Anlaß zur sondergesetzlichen Regelung des Wettbewerbsbereiches gesehen hatte.

Nach der "Constanze"-Entscheidung bleibt als einschränkendes Merkmal nur das Erfordernis eines unmittelbaren Eingriffs. Dieses Kriterium hat aber freilich in Fällen der Gewerbekritik nie eine Rolle gespielt, denn eine Kritik, die sich gegen Waren eines bestimmten Herstellers richtet oder die zumindest den Hersteller erkennen läßt, wird als selbstverständlich in seinen Gewerbebetrieb eingreifend angesehen.

Der BGH hatte damit einen unbeschränkten tatbestandlichen Schutz des Gewerbebetriebes geschaffen.

Aus diesem umfassenden Schutz ergibt sich auch das weitere Prüfungsschema des BGH¹⁾: Die tatbestandliche Beeinträchtigung des Gewerbebetriebes indiziert - wie bei den ausdrücklich in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechten und Rechtsgütern - die Rechtswidrigkeit des Eingriffs, so daß die Haftung erst bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes beim Kritisierenden ausgeschlossen wird. Als solchen Rechtfertigungsgrund sah der BGH vor allem die Wahrnehmung berechtigter Interessen an; insofern sei § 193 StGB Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens. Sachliche Kritik sei schon aus Art. 5 GG zulässig. Kritik aber, die den Boden der Sachlichkeit verlasse, sei nur dann der Widerrechtlichkeit entkleidet, wenn sie nach Inhalt, Form und Begleitumständen zur Wahrnehmung rechtlich gebilligter Interessen erforderlich sei. Ob sich die Interessenwahrnehmung aber in den vom Gesetz gebilligten Grenzen hält, soll aufgrund einer Güter- und Pflichtenabwägung festzustellen sein. Der BGH stellte dabei folgende Kriterien auf: Der Wertkonflikt darf lediglich in der gewählten Art zu lösen sein; dabei hat der, der in ein fremdes Rechtsgut eingreift, das kleinste Rechts-

1) BGHZ 3, 270 ff, 280 f.

übel, das schonenste Mittel zu wählen. Rechtsverletzende Äußerungen müssen daher das objektiv nach Inhalt, Form und Begleitumständen gebotene und notwendige Mittel zur Erreichung des rechtlich gebilligten Zweckes darstellen¹⁾.

Diese "Constanze-Doktrin"²⁾ blieb für etwa zehn Jahre Beurteilungsgrundlage zur Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Äußerungen. In der Rechtsprechung der Instanzgerichte wirkte sie z.T. noch länger nach³⁾.

Mag der BGH aufgrund dieser Konstruktion zuweilen auch zu angemessenen Ergebnissen gekommen sein, so darf doch die Tragweite der Konzeption nicht unterschätzt werden:

Nach dem ursprünglichen System des BGB, das im Ergebnis auch vom RG nicht angetastet wurde, ist privates Handeln frei, solange es nicht gesetzliche Rechtsgüter anderer (§ 823 Abs. 1 BGB) bzw. Schutzgesetze (§ 823 Abs. 2 BGB) verletzt oder die Grenzen zur Sittenwidrigkeit überschreitet (§ 826 BGB). Indem der BGH in Anlehnung an § 823 Abs. 1 BGB ein umfassendes Rechtsgut am Unternehmen geschaffen hat, das nicht nur den Bestand, sondern die gesamte Interessensphäre des Unternehmens, den Bereich der Chancenrealisierung, schützt, hat er in diesem Bereich der sozialen Realität das System des BGB geradezu verkehrt: Da mit jeder gewerbekritischen Äußerung das Interesse des Unternehmers an der freien Entfaltung seiner Unternehmerchancen tangiert wird und damit in sein nach Meinung des BGH geschütztes Recht eingegriffen wird, was zur Folge hat, daß die Rechtswidrigkeit der Äußerung indiziert ist, wird entgegen der ursprünglichen Konzeption des BGB nicht die Freiheit, sondern die Unfreiheit privaten Handelns vermutet, d.h. jede gewer-

1) BGHZ 3, 270 ff, 281.

2) Terminus von Fikentscher, Festgabe für Kronstein, S. 261 ff, 300.

3) Aus der Fülle des Entscheidungsmaterials seien herausgegriffen BGHZ 8, 142 ff ("Schwarze Listen"); BGHZ 24, 200 ff ("Spätheimkehrer"); BGH GRUR 1957, 360 ff ("Phylax-Apparate"); OLG Stuttgart, JZ 1963, 259; NJW 1964, 48 ff ("Fiat I") und 595 ff ("Fiat"); OLG Celle, NJW 1964, 1804 ff ("VW 1500 S"); OLG Düsseldorf, WRP 1965, 1494 ff ("Kühlschrantest").

bekritische Äußerung gilt cum grano salis zunächst als unzulässig und hat nur die Chance, bei Vorliegen besonderer Umstände ausnahmsweise als doch zulässig angesehen zu werden¹⁾.

Daß eine Konzeption mit einer derartigen Reichweite schwerlich mit den Grundrechten, insbes. mit dem der Meinungsfreiheit, zu vereinbaren ist, liegt auf der Hand. Auch wie der BGH zu der Feststellung gekommen ist, nur sachliche Meinungsäußerungen kämen in den Genuß der Meinungsfreiheit, bleibt unerfindlich; in Art. 5 GG steht davon jedenfalls nichts²⁾.

bb. Die neuere Rechtsprechung - "Höllenfeuer":

Der BGH, insbes. sein VI. Senat, ist von dieser extremen Position der "Constanze-Doktrin" auch schon bald abgerückt.

(1) Anlaß dazu war die Rechtsprechung des BVerfG zur Bedeutung des Grundrechts der Meinungsfreiheit. In der "Lüth"-Entscheidung³⁾ und dem "Pressefehde"-Urteil⁴⁾ hatte sich das BVerfG mit der Bedeutung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr auseinanderzusetzen. Die grundlegende Argumentation im "Lüth"-Urteil hat folgenden Kern⁵⁾:

Das Grundgesetz enthalte im Grundrechtsabschnitt eine objektive Wertordnung und dieses Wertsystem beeinflusse alle Bereiche des Rechts, auch das Privatrecht. Einbruchstellen der Grundrechte in das Bürgerliche Recht seien dabei vor allem die Generalklauseln wie § 826 BGB. Das Grundrecht der Meinungsfreiheit sei zwar durch den Rahmen der allgemeinen Gesetze beschränkt, die allgemeinen Gesetze - auch des Privatrechts - müßten aber selbst im Licht der Bedeutung des Grundrechts gesehen werden; es finde also eine Wechselwir-

1) So prägnant Schultz, NJW 1963, 1801 ff, 1803.

2) Vgl. die treffende Kritik von Arndt, NJW 1964, 1312.

3) BVerfGE 7, 198 ff.

4) BVerfGE 12, 113 ff.

5) BVerfGE 7, 198 ff, 205 ff.

kung zwischen Grundrecht und allgemeinem Gesetz statt. Besondere Bedeutung komme dabei dem Grundrecht der Meinungsfreiheit aus Art. 5 GG zu: Es sei eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt und für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung schlechthin konstituierend. Es müsse nur zurückstehen, wenn schutzwürdige Interessen eines anderen von höherem Rang durch die Betätigung der Meinungsfreiheit verletzt würden. Der Schutz des privaten Rechtsguts habe um so mehr zurückzutreten, je mehr es sich nicht um eine unmittelbar gegen dieses Rechtsgut gerichtete Äußerung im privaten, insbes. wirtschaftlichen Verkehr und in Verfolgung eigennütziger Ziele, sondern um einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage durch einen dazu Legitimierten handle; hier spreche die Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede.

(2) Auf diese, der Constanze-Doktrin genau entgegengesetzte Konzeption hatte sich der BGH nun einzustellen und tat dies auch schrittweise:

In der "Waffenhändler"-Entscheidung¹⁾ aus dem Jahre 1961 ließ der BGH noch dahingestellt, ob an dem Erfordernis der größtmöglichen Schonung festzuhalten sei. Er betont aber den Gesichtspunkt, daß sich derjenige, der aktiv handelnd im Wirtschaftsleben steht, im demokratischen Gemeinwesen auch der Kritik an seiner wirtschaftlichen Betätigung stellen müsse²⁾.

In der "Blinkfüer"-Entscheidung³⁾ kommt zum Ausdruck, daß die Wahl des Mittels durch das Maß der Herausforderung mitbestimmt werde, also nicht in jedem Fall nur schonend eingegriffen zu werden brauche⁴⁾.

1) BGHZ 36, 77 ff.

2) BGHZ 36, 77 ff, 80.

3) BGH NJW 1964, 29 ff.

4) BGH NJW 1964, 29 ff, 32. In Richtung auf eine Lockerung der Anforderungen gehen auch BGH LM Nr. 14 zu Art. 5 GG ("Sittenrichter"); a.a.O. Nr. 15 ("Volkacher Madonna") und Nr. 17 ("Glanzlose Existenz"); LM Nr. 28 zu § 823 (Ai) BGB ("Warentest").

(3) Endgültig rückt der BGH von den Grundsätzen der "Constanze"-Entscheidung in der bekannten "Höllenfeuer"-Entscheidung¹⁾ aus dem Jahre 1966 ab, der auch ein ähnlicher Sachverhalt zugrundelag, nämlich eine Pressefehde zwischen dem "Stern" und der katholischen Zeitschrift "Echo der Zeit". Der "Stern" hatte sich anlässlich des bevorstehenden Konzils unter der Überschrift "Brennt in der Hölle wirklich ein Feuer?" in einem ironisch gehaltenen Artikel mit theologischen Fragen befaßt. Dagegen richtete sich ein Artikel der Wochenzeitschrift "Echo der Zeit", in dem es hieß, der Titel des "Stern" sei eine "auf Dummenfang abzielende Überschrift" gewesen. Dem "Stern" wurden weiterhin Konfessionshetze sowie Verfälschung oder Unkenntnis von Fakten vorgeworfen. Schließlich hieß es, der Maßstab des "Stern" sei die Straße. Die gegen diese Äußerungen gerichtete Klage des "Stern" blieb erfolglos.

In dieser Entscheidung brach der BGH endgültig mit der Konstruktion, den Eingriff in den Gewerbebetrieb denselben Regeln zu unterwerfen wie die klassischen Rechtsgutsverletzungen des § 823 Abs. 1 BGB, d.h. das Schema der indizierten Rechtswidrigkeit und der ausnahmsweisen Rechtfertigung zu übernehmen. Der BGH gesteht dabei selbst zu, daß sich auch in der früheren methodischen Behandlung die Tendenz gezeigt habe, einer negativen Kritik keinen allzu großen Spielraum zu gewähren²⁾.

Unter dem Eindruck der Rechtsprechung des BVerfG zur Tragweite des Art. 5 GG verläßt der BGH, wie schon in vorhergehenden Entscheidungen schrittweise angedeutet³⁾, diesen Weg. Er sieht nunmehr im Recht am Gewerbebetrieb einen Auffangtatbestand, bei dem die Rechtswidrigkeit erst aus der Art und Weise der zu mißbilligenden Schädigung abzuleiten sei,

1) BGHZ 45, 296 ff.

2) a.a.O., S. 307.

3) Wichtig für die Entwicklung sind außer den o. S. 16 schon genannten Entscheidungen noch BGHZ 29, 65 ff ("Stromkabel"); BGHZ 36, 18 ff ("Konkursantrag") und BGH LM Nr. 20 zu § 823 (Ai) BGB ("Damenmäntel").

so daß es der Berufung auf einen Rechtfertigungsgrund nicht bedarf¹⁾.

Die erforderliche Güterabwägung kommt nicht erst auf der Ebene der Rechtswidrigkeit zum Tragen, sondern schon bei der tatbestandsmäßigen Prüfung, ob überhaupt ein zu mißbilligender Eingriff in den Gewerbebetrieb vorliegt. Die Prüfungsfolge entspricht damit der beim zweiten von der Rechtsprechung entwickelten generalklauselartigen Recht, dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht²⁾.

Den Grund für die neue methodische Behandlung sieht der BGH in der Bedeutung der Meinungsfreiheit für den Prozeß der öffentlichen Meinungsbildung im freiheitlich-demokratischen Staat³⁾. Von der Vorstellung ausgehend, daß der mündige Bürger selbst in der Lage sei, zu beurteilen, was von einer unbegründeten, hämisch-ironischen oder schimpfend-poltern- den Kritik zu halten ist, könne der Meinungsbildungsprozeß frei ablaufen und dürfe nicht durch die Gerichte unnötig beschränkt werden. Der BGH hat damit auf das Dogma der Sachlichkeit und auf das Erfordernis der größtmöglichen Schonung verzichtet. In dieser Entscheidung sah er die Grenze zur Unzulässigkeit erst bei böswilliger oder gehässiger Schmähkritik überschritten⁴⁾.

Durch das "Höllenfeuer"-Urteil wird die durch die "Constanze"-Entscheidung aufgehobene Vermutung der Zulässigkeit und Freiheit der Kritik wiederhergestellt. Nicht mehr der Kritiker hat die Zulässigkeit der Kritik nachzuweisen, sondern dem Geschädigten obliegt es, zu beweisen, daß er durch die Kritik unzulässigerweise beeinträchtigt wurde, daß also seine Rechte und Interessen im Einzelfall Vorrang genießen.

1) BGHZ 45, 296 ff, 307.

2) Grundlegend dazu BGHZ 13, 334 ff; 24, 72 ff ; BVerfGE 34, 281 ff.

3) BGHZ 45, 296 ff, 308.

4) a.a.O., S. 310; kritisch dazu Löffler-Ricker, Handbuch des Presserechts, S. 230 f.

Allerdings kann das konkrete Ergebnis der Entscheidung, d.h. die für den Einzelfall gezogene Grenze der zulässigen Kritik, nicht ohne weiteres für alle anderen Bereiche der Gewerbekritik übernommen werden. In der "Höllenfeuer"-Entscheidung ging es um eine polemisch geführte weltanschauliche Auseinandersetzung, bei der beide Kontrahenten den anderen in massiver Weise angegriffen hatten. Gerade aufgrund dieser gegenseitigen Herausforderung hat der BGH auch den Rahmen der zulässigen Kritik besonders weit abgesteckt. Die dort aufgeführten Grenzen dürfen deshalb aber nicht einfach verallgemeinert werden¹⁾.

(4) Aufgrunddessen war in der Folgezeit durch die "Höllenfeuer"-Entscheidung auch nicht der gesamte Bereich gewerbeschädigender Äußerungen geklärt. Im Mittelpunkt des Interesses stand in den folgenden Jahren die Frage nach den Grenzen vergleichender Warentests²⁾. Dieses Problem hat jedoch durch die "Warentest"-Entscheidung des BGH³⁾ aus dem Jahre 1975 ebenfalls eine abschließende Klärung erfahren.

In der Entscheidung geht es um die von der Stiftung Warentest vorgenommenen Tests. Die Argumentation des BGH bewegt sich dabei auf zwei Ebenen: Einmal geht er davon aus, daß die Öffentlichkeit den Tests der Stiftung besonders vertraut, so daß ihren Äußerungen einschränkende Erfordernisse zugrundegelegt werden müssen. Ähnlich hatte der BGH schon vorher bei Warenkritiken durch Presse, Rundfunk und Fernsehen wegen ihrer besonderen Verbreitung gesteigerte Sorgfaltsanforderungen aufgestellt⁴⁾. Für die Stiftung Warentest bedeutet das: Die jeweilige Untersuchung muß neutral vorgenommen werden, sie muß objektiv sein, d.h. sich um die

1) Zum Streit über die Tragweite der "Höllenfeuer"-Entscheidung Staudinger-Schäfer, § 823, Rdn. 77 ff.

2) Zu den vielfältigen Beiträgen im Schrifttum s. die Nachweise bei Andresen, Warentest, S. 97 ff.

3) BGHZ 65, 325 ff.

4) Etwa BGH GRUR 1963, 277 ff ("Maris"); GRUR 1966, 633 ff ("Teppichkehrmaschine"); GRUR 1969, 555 ff ("Cellulitis") und 624 ff ("Hormoncreme").

Richtigkeit der Ergebnisse bemühen, und sie muß sachkundig durchgeführt werden¹⁾.

Da der BGH aber die einschränkenden Erfordernisse bei den Tests der Stiftung wegen ihrer besonderen öffentlich-rechtlichen Struktur als gegeben ansieht, gewährt er ihr andererseits einen erheblichen Spielraum für die Darstellung ihrer Testergebnisse, um so der Bedeutung des Art. 5 GG gerecht zu werden. Die Grenzen des Zulässigen seien erst bei bewußten Verzerrungen, bewußten Fehlurteilen und bei nicht mehr vertretbaren, indiskutablen Schlüssen überschritten²⁾.

Auch diese Entscheidung klärt damit aber letztlich nur einen Teilbereich der Gewerbekritik, nämlich die Tests der Stiftung Warentest.

cc. Würdigung

Die vorliegenden Entscheidungen des BGH zu den Grenzen gewerbeschädigender Äußerungen sind mithin nicht einfach verallgemeinerungsfähig. Bei neu auftauchenden Problemfällen aus anderen Bereichen von Gewerbekritik ist vielmehr jeweils zu fragen, ob und inwieweit die schon gefundenen Abgrenzungen auf diese Fallgruppen übertragen werden können. Dies soll für den Bereich der Kritik durch Verbraucher im zweiten Hauptteil der Arbeit geklärt werden.

Wenn der BGH demnach zwar die Grenzen zulässiger Kritik im Einzelfall nach den jeweiligen Besonderheiten bestimmt, so ist doch sein methodisches Vorgehen seit der "Höllenfeuer"-Entscheidung gleichbleibend: Die Güterabwägung geschieht nicht mehr zur Frage der ausnahmsweisen Rechtfertigung, sondern schon zur tatbestandsmäßigen Erfassung, ob überhaupt ein zu mißbilligender Eingriff vorliegt. Hauptmerkmal der neueren Rechtsprechung ist also, daß die Rechtswidrigkeit nicht indiziert wird, sondern positiv festzustellen ist³⁾.

1) BGHZ 65, 325 ff, 334.

2) a.a.O., S. 335.

3) Grundlegend BGHZ 45, 296 ff, 307 ff ("Höllenfeuer").

Der BGH betont auch jeweils die Funktion des Rechts am Gewerbebetrieb als Auffangtatbestand¹⁾, der nur zu prüfen ist, wenn andere Vorschriften nicht eingreifen, so zB Normen des UWG²⁾. Insgesamt ist durch die neuere Rechtsprechung des BGH zum Recht am Gewerbebetrieb dessen Anwendungsbereich erheblich reduziert worden.

b. Rechtsprechung zu § 824 BGB

Zu den dem Recht am Gewerbebetrieb vorrangigen Normen gehört auch der Tatbestand der Kreditgefährdung nach § 824 BGB. Trotzdem kommt die Rechtsprechung nur in wenigen Fällen auch tatsächlich zu einer Haftung aus § 824 BGB, denn ähnlich der Rechtsprechung des RG³⁾ ist auch die neuere Rechtsprechung des BGH um haftungsbegrenzende Auslegung im Bereich des § 824 BGB bemüht. Die wichtigsten Argumentationslinien sollen hier kurz aufgezeigt werden:

aa. Abgrenzung Tatsachenbehauptung - Werturteil

§ 824 BGB begründet eine Haftung für erwerbsschädigende unwahre Tatsachenbehauptungen. Zentralbegriff des Tatbestandes ist damit der der Tatsachenbehauptung, dessen Gegensatz die Rechtsprechung im Begriff des Werturteils sieht. Abgrenzungskriterium ist nach der Rechtsprechung, ob der Gehalt einer Äußerung einer objektiven Klärung zugänglich ist und dem Beweis offensteht; nur dann handele es sich um eine Tatsachenbehauptung⁴⁾.

Trotz dieser Ausgangsposition prüft der BGH nun i.d.R. nicht im einzelnen, ob eine beanstandete Äußerung einem möglichen Wahrheitsbeweis unterliegt und damit als Tatsachenbehauptung unter § 824 BGB fällt. Der BGH fragt vielmehr eher

1) BGH GRUR 1964, 162 ff, 164 ("Elektronenorgel"); GRUR 1966, 633 ff, 635 ("Teppichkehrmaschine"); BGHZ 45, 296 ff, 307 ("Höllenfeuer"); 65, 325 ff, 328 ("Warentest").

2) BGHZ 36, 252 ff.

3) s.o. S. 10 f.

4) zB BGHZ 3, 270 ff, 273 ("Constanze"); BGH GRUR 1964, 162 ff, 163 ("Elektronenorgel").

pauschal, ob bei der Gesamtwürdigung einer Äußerung, auch wenn sie einen tatsächlichen Gehalt hat, nicht mehr wertende Gesichtspunkte im Vordergrund stehen und kommt damit nicht oft zur Annahme einer echten Tatsachenbehauptung i.S.v. § 824 BGB. Indem er anerkennt, daß auch Tatsachenbehauptungen oft subjektive Wertungen enthalten, stellt er die Frage, ob der tatsächliche oder der subjektiv wertende Gehalt einer Äußerung überwiegt, in den Mittelpunkt seiner Prüfung. Die Anwendung des § 824 BGB scheidet dann bei unsubstantiierten Urteilen über den Wert gewerblicher Leistungen, bei denen gegenüber der subjektiven Wertung der substanzarme tatsächliche Gehalt einer Äußerung zurücktritt, aus¹⁾.

Das wichtigste Beispiel für diese einschränkende Auslegung des Begriffs der Tatsachenbehauptung ist die Beurteilung der Warentests, die der BGH i.d.R. als überwiegend wertende Meinungsäußerungen ansieht, da bei ihnen die wertenden Testergebnisse und nicht die Darstellung bestimmter Fakten im Vordergrund stünden²⁾.

Die einschränkende Annahme einer Tatsachenbehauptung versucht der BGH auch mit dem Grundrecht der freien Meinungsäußerung (Art. 5 GG) zu rechtfertigen: Da von der Rechtsprechung bei unwahren Tatsachenbehauptungen Rechtsschutz nicht nur in Form von finanziellem Schadenersatz, sondern als Naturalrestitution auch durch einen Widerrufsanspruch gewährt wird, habe die Annahme einer Tatsachenbehauptung mit Vorsicht zu geschehen: Nur bei im Beweisweg feststellbaren Tatsachen könne es verantwortet werden, die Rücknahme gewerbeschädigender Äußerungen zu erzwingen. Mit Art. 5 GG hält der BGH es aber für unvereinbar, Rechtszwang dahin auszuüben, daß sich jemand von einer ausgesprochenen Wertung lossagt³⁾.

1) BGH JZ 1966, 28 f, 29 ("Billiger Schmarren"); BGHZ 45, 296 ff, 304 f ("Höllengeister"); BGH GRUR 1969, 555 ff, 557 ("Cellulitis").

2) BGHZ 65, 325 ff, 328 ff ("Warentest").

3) BGH JZ 1966, 28 f, 29 ("Billiger Schmarren"); ebenso Deutsch, Festschrift für Klingmüller, S. 49 ff, 53.

Trotz der Betonung des Vorrangs des § 824 BGB gelangt der BGH damit in den meisten Fällen von gewerbeschädigenden Äußerungen nicht zu dessen Anwendung, sondern bleibt beim im Einzelfall flexibler handzuhabenden Recht am Gewerbebetrieb als Prüfungsmaßstab.

bb. Kriterium der Betroffenheit

Zur zweiten Einschränkung im Anwendungsbereich des § 824 BGB kommt der BGH durch ein von ihm geschaffenes Betroffenheitskriterium. Im in der Einführung geschilderten "Elektronenorgel"-Fall¹⁾ unterstellte der BGH die Unwahrheit der aufgestellten Behauptungen, verneinte aber trotzdem eine Haftung des Leserbriefschreibers aus § 824 BGB, und zwar mit Hilfe einer teleologischen Reduktion dieser Vorschrift:

Die gegenüber § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. den Ehrschutzdelikten des StGB verschärfte Haftung aus § 824 BGB sei "nur gerechtfertigt, wenn sich die Äußerung, so wie sie im Verkehr verstanden wird, mit dem Kläger befaßt oder wenn die verbreitete Tatsache doch in enger Beziehung zu seinen Verhältnissen, seiner Betätigung oder seiner gewerblichen Leistung steht"²⁾. Anspruchsberechtigt ist nach dieser Rechtsprechung des BGH³⁾ damit nur der von einer Äußerung unmittelbar Betroffene, mag er ausdrücklich genannt worden sein oder sich auch nur aus den Umständen des Falles als Betroffener ergeben. Dieses Erfordernis hat der BGH bei allgemein abgefaßten Systemvergleichen bestimmter Produkte als nicht erfüllt angesehen.

Diese Einschränkung des Anwendungsbereiches des § 824 BGB ist nach Ansicht des BGH im Interesse der Meinungsfreiheit und des Prozesses der öffentlichen Meinungsbildung geboten, da sonst die öffentliche Auseinandersetzung über Probleme des technischen Fortschritts und die wissenschaftliche Diskussion mit einem ernststen Risiko verbunden

1) BGH GRUR 1964, 162 ff; s. dazu o. S. 6.

2) a.a.O., S. 164.

3) So auch BGH JZ 1966, 26 f ("Schwacke-Bericht"); BGH GRUR 1967, 540 ff ("Nächte der Birgit Malmström").

wären. Insbesondere die Gefahr langwieriger und kostspieliger Widerrufsprozesse sogar bei schuldloser Verfehlung der Wahrheit sei nicht gerechtfertigt, zumal der BGH ein Bedürfnis für einen weitergehenden Schutz nur mittelbar von Systemvergleichen Betroffener nicht sieht, da diese wirtschaftlichen Kreise i.d.R. genügend eigene Möglichkeiten hätten, ihre Stellungnahmen gegenüber allgemeiner Systemkritik öffentlich zur Geltung zu bringen¹⁾.

Der BGH bleibt mit dieser Rechtsprechung im Ergebnis, wenn auch mit anderer Begründung, auf der Linie der Rechtsprechung des RG, das ebenfalls versucht hatte, fachwissenschaftliche Warenkritik von der Haftung aus § 824 BGB zu befreien²⁾.

Mit der einschränkenden Auslegung des § 824 BGB hat der BGH auch unausgesprochen eine Parallele zum Erfordernis des betriebsbezogenen Eingriffs beim Recht am Gewerbebetrieb³⁾ geschaffen.

Im Interesse des Prozesses der öffentlichen Meinungsbildung folgt das Haftungsrisiko damit nicht schon - wie der Wortlaut des § 824 BGB vermuten lassen würde - aus der Unwahrheit einer aufgestellten Behauptung, sondern diese schadet ausnahmsweise dann nicht, wenn von der Äußerung niemand individuell betroffen wird. Diese Rechtsprechung kommt somit zu dem auf den ersten Blick erstaunlichen Ergebnis, daß in der öffentlichen Auseinandersetzung in gewissem Umfang auch das Aufstellen unrichtiger Tatsachenbehauptungen zulässig ist und vom Grundrecht der Meinungsfreiheit gedeckt wird⁴⁾.

1) BGH GRUR 1964, 162 ff, 164 ("Elektronenorgel").

2) RGZ 84, 294 ff ("Rapidkessel"); RG JW 1928, 2090 ("Titankipprost"); RG JW 1930, 1732 ("Minimax"); s. dazu schon o. S. 10 f.

3) Grundlegend BGHZ 29, 65 ff ("Stromkabel"); dazu vgl. Buchner, Gewerbebetrieb, S. 109, 163 f; Preusche, Unternehmensschütz, S. 66 ff, 173 ff; Hager, JZ 1979, 53 ff.

4) Neumann-Duesberg, NJW 1968, 81 ff, 83.

cc. Haftungsausschluß nach § 824 Abs. 2 BGB

Andererseits kommt der BGH aber auch durch Aufstellen von Sorgfaltspflichten zu einer aus dem Wortlaut des § 824 BGB nicht unmittelbar folgenden Haftungsverschärfung:

Gemäß § 824 Abs. 1 BGB wird derjenige, der eine unwahre Tatsache behauptet, zum Schadenersatz auch dann verpflichtet, wenn er deren Unwahrheit zwar nicht kannte, aber kennen mußte, wenn ihm also ein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden kann. Gemäß § 824 Abs. 2 BGB entfällt nun die Schadenersatzpflicht des Mitteilenden, wenn ihm die Unwahrheit der Mitteilung unbekannt war, dann, wenn er an der Mitteilung ein berechtigtes Interesse hatte. Nach dem Gesetzeswortlaut soll im Fall der Wahrnehmung berechtigter Interessen also nur der fahrlässig Handelnde, nicht aber der vorsätzlich Handelnde von der Schadenersatzpflicht befreit sein. Das Institut der Wahrnehmung berechtigter Interessen ist in § 824 BGB dabei kein Rechtfertigungsgrund, sondern ein Haftungsausschließungsgrund für den nicht vorsätzlich Handelnden¹⁾.

Die Rechtsprechung beläßt es aber nicht bei der Prüfung, ob dem Mitteilenden berechnigte Interessen zuzubilligen sind. So hat sie zwar entschieden, daß z.B. Rundfunk- und Fernsehanstalten berechnigt sind, sich mit der Qualität von Waren zu befassen und auf einzelne Produkte hinzuweisen, worin eine zulässige Ausübung der Meinungs- und Pressefreiheit liege, daß sie also mit der Wahrnehmung dieser gemeinschaftswichtigen Themen grundsätzlich berechnigte Interessen wahrnehmen²⁾. Dies reicht dem BGH aber nicht zur Begründung des Haftungsausschlusses nach § 824 Abs. 2 BGB, sondern er fordert, daß vorher sehr sorgfältig geprüft wird, ob die Erkenntnisquellen zuverlässig sind und legt gerade den

1) Tilmann, NJW 1975, 758 ff, 764; Reinhardt, Festschrift für H. Lange, S. 195 ff, 204 f, 209, der zu Recht darauf abstellt, daß § 824 Abs. 2 BGB die negatorischen Abwehransprüche und damit auch die Rechtswidrigkeit nicht entfallen läßt.

2) BGH GRUR 1966, 633 ff, 635 ("Teppichkehrmaschine"); BGH GRUR 1969, 555 ff, 558 f ("Cellulitis") und 624 ff, 627 f ("Hormoncreme").

Fernsehanstalten wegen der besonderen Verbreitung ihrer Sendungen gesteigerte Sorgfaltspflichten auf.

Nach Ansicht des BGH kann sich deshalb nur derjenige auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen berufen, der die ihn treffenden Sorgfaltspflichten erfüllt hat¹⁾. Inwieweit auch private Kritiker solche Sorgfaltspflichten treffen würden, bleibt offen, da der BGH sich bisher nur mit der Haftung von Massenmedien zu befassen hatte.

Diese Auslegung des § 824 Abs. 2 BGB durch die Rechtsprechung wird noch kritisch zu würdigen sein.

III. Behandlung der Gewerbekritik in der Literatur

Ein Überblick über den Streitstand im Schrifttum an dieser Stelle hat nicht das spezielle Thema der Gewerbekritik durch Verbraucher zum Gegenstand; hierzu liegen nämlich kaum Äußerungen aus der Literatur vor. Diese Thematik soll auch erst im zweiten Teil der Arbeit näher durchdrungen werden.

Hier geht es vielmehr darum, die vielfältig behandelten dogmatischen Grundlagen zur Beurteilung unternehmensschädigender Äußerungen zu erörtern.

Im Vordergrund steht dabei naturgemäß das von der Rechtsprechung entwickelte und im Äußerungsdeliktsrecht in erster Linie angewendete Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, das seit seiner Institutionalisierung Gegenstand kaum mehr zu überschauender Veröffentlichungen war. Sinn dieser Arbeit ist es nicht, auf alle Stellungnahmen einzugehen. Es soll vielmehr nur ein kursorischer Überblick gegeben werden, der die Entwicklung und den jetzigen Meinungsstand zu diesem Problemkreis in den Grundzügen verdeutlicht. Eine Auseinandersetzung mit einzelnen - für die neuere Diskussion wichtigen - Positionen erfolgt dann bei der Erarbeitung der eigenen Lösung im nächsten Abschnitt.

1) Vgl. die Nachweise o. S. 25, Fn. 2.

1. Meinungsstand zum Recht am Gewerbebetrieb

Das von der Rechtsprechung entwickelte Recht am Gewerbebetrieb war in der rechtswissenschaftlichen Literatur von Anfang an umstritten. Zwar schloß sich schon bald die herrsch. Ansicht im Schrifttum dieser Rechtsentwicklung an¹⁾, jedoch gab es von jeher kritische Stimmen, die durch dieses Institut die Gefahr einer uferlosen Ausdehnung des Rechtsschutzes sahen²⁾.

a. Gegenstimmen

Ansatzpunkt der Kritik war und ist vor allem die ursprüngliche Position der Rechtsprechung, das Recht am Gewerbebetrieb als "sonstiges Recht" i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB zu entwickeln und damit ein absolutes Recht am Unternehmen zu schaffen.

Hauptargument ist dabei, daß ein genereller Rechtsschutz des Unternehmens das Wesen des Gewerbebetriebes geradezu in sein Gegenteil verkehre. Das Unternehmen könne nicht wie die in § 823 Abs. 1 BGB genannten Güter absolut geschützt werden. Es stehe vielmehr als dynamisches Gut im wettbewerblichen Kampf. Das Bewährenmüssen im Wettbewerb schließe es aus, das Unternehmen gegen jeden Eingriff zu schützen und ihm damit eine in der Wirtschaftsordnung nicht zukommende privilegierte Position zu verschaffen³⁾.

E. Wolf lehnt ein Recht am Gewerbebetrieb in seiner streng juristisch-logischen Analyse ab, weil eine Gesamtheit verschiedenster Rechte und Güter, wie sie das Unternehmen darstellt, nicht Gegenstand eines absoluten subjektiven Rechts

1) zB Oertmann, § 823, Anm. 3 b; Isay, Das Recht am Unternehmen, S. 5 ff; von Gierke, Schuldrecht, § 211 II 2 b, S. 891 ff; Würdinger, § 823, Anm. III 72.

2) So von Thur, Allgem. Teil, S. 157; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 234 I b, S. 911.

3) Gieseke, GRUR 1950, 298 ff, 303; Mestmäcker, JZ 1958, 521 ff, 526; Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, S. 289; Raiser, JZ 1961, 465 ff, 467, 469 f; Deutsch, JZ 1963, 385 ff, 387; Esser-Weyers, SchuldR. BT, Teilbd. 2, § 55 I 2 c, S. 144.

sein könne¹⁾.

Gegen ein absolutes Recht am Gewerbebetrieb wird auch eingewandt, daß dem Unternehmen ein die subjektiven Rechte kennzeichnender Zuweisungsgehalt fehle²⁾.

Diese Positionen des Schrifttums sind vor allem gegen die ursprüngliche Annahme eines absoluten Rechts am Gewerbebetrieb als sonstigem Recht i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB durch die Rechtsprechung gerichtet, derzufolge sie auch wie bei den in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechten eine unrechtsindizierende Wirkung der Beeinträchtigung des Rechts angenommen hatte, so daß es am Eingreifenden lag, sich mit Hilfe eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes zu entlasten³⁾.

Diese Rechtsprechung gehört jedoch - wie oben⁴⁾ aufgezeigt wurde - der Vergangenheit an. Die Rechtsprechung hat die Gleichstellung des Rechts am Gewerbebetrieb mit den in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechten aufgegeben. Sie hält zwar noch an ihrem Ausgangspunkt fest, das Recht am Gewerbebetrieb als sonstiges Recht innerhalb von § 823 Abs. 1 BGB zu entwickeln, der Sache nach sieht sie es aber nicht mehr als absolutes Recht an, auch wenn sie diese ursprüngliche Position nicht ausdrücklich aufgegeben hat⁵⁾.

Nach der heutigen Rechtsprechung ist das Recht am Gewerbebetrieb vielmehr ein Auffangtatbestand, dessen Beeinträchtigung die Rechtswidrigkeit nicht indiziert, sondern bei dem die Rechtswidrigkeit erst im Einzelfall positiv festzu-

1) Wolf in Festschrift für F.v.Hippel, S. 665 ff.

2) von Caemmerer, Festschrift DJT, S. 49 ff, 89; Esser, SchuldR. BT, § 107 II 2 c, S. 405; Deutsch, JZ 1963, 385 ff, 387.

3) BGHZ 3, 270 ff ("Constanze").

4) S. 15 ff.

5) In den neueren Entscheidungen wird allerdings auf die Tatsache einer Rechtsfortbildung im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB hingewiesen: so z.B. in BGHZ 65, 325 ff, 328 ("Warentest").

stellen ist¹⁾. Damit bestehen innerhalb des § 823 Abs. 1 BGB zwei gänzlich verschiedene Arten von Rechten, nämlich die dort genannten absoluten Rechte und die von der Rechtsprechung erst entwickelten Rechte an der Persönlichkeit und am Gewerbebetrieb, die anderen Regeln folgen.

Mit dieser Entwicklung der Rechtsprechung sind auch die aufgeführten Hauptkritikpunkte im Grunde gegenstandslos geworden, da die Rechtsprechung selbst das Unternehmen der Sache nach nicht mehr als absolutes Recht schützt.

b. Heutiger Meinungsstand

aa. Der heutige Streitstand in der Literatur ist dahingehend zu kennzeichnen, daß die ganz herrsch. Ansicht zwar gegen ein absolutes Recht am Gewerbebetrieb ist, andererseits aber der Tatsache gerecht zu werden versucht, daß die Rechtsprechung nun schon seit Jahrzehnten mit diesem Institut arbeitet und davon in der Praxis wohl auch kaum abgehen wird. Der überwiegende Teil im Schrifttum verfolgt deshalb den von der Rechtsprechung eingeschlagenen Weg, das Recht am Gewerbebetrieb als ein von den in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechten verschiedenes Gut, als offenen Tatbestand, anzusehen, bei dem die Rechtswidrigkeit auch erst positiv nachzuweisen ist²⁾.

Schon 1960 - also vor der Änderung der bisherigen Rechtsprechung - hat von Caemmerer erkannt, daß mit dem Recht am Gewerbebetrieb innerhalb des § 823 Abs. 1 BGB ein generalklauselartiger Tatbestand geschaffen worden sei, der nicht unter den Begriff des "sonstigen Rechts" fallen kön-

1) Grundlegend BGHZ 45, 296 ff ("Höllenfeuer").

2) Palandt-Thomas, § 823, Anm. 6 g; Jauernig-Teichmann, § 823, Anm. VIII C 1 c; Soergel-Zeuner, § 823, Rdn. 74; BGB-RGRK-Steffen, § 823, Rdn. 36; Baumbach-Hefermehl, Allg., Rdn. 114; Fikentscher, SchuldR., § 103 II, S. 634; Knopp, Festschrift für Hefermehl, S. 403 ff, 412; v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 57 ff; Buchner, Gewerbebetrieb, S. 259 ff.

ne¹⁾. Angesichts der nach seiner Meinung wohl schon gewohnheitsrechtlichen Verfestigung dieses Rechts innerhalb § 823 Abs. 1 BGB hat er es als Hauptaufgabe gesehen, diese Generalklausel dadurch aufzufüllen, daß neue Verhaltensnormen wertend herausgearbeitet werden, um das, was als rechtswidrige Schädigung angesehen werden kann, näher zu konkretisieren. Durch Herausbildung von Fallgruppen sollten die Verhaltensnormen, die sich aus der Generalklausel ergeben, näher bestimmt und daraus neue Deliktstatbestände entwickelt werden²⁾. Ist diese Arbeit geleistet, hält es v.Caemmerer für möglich, daß eines Tages der als Krücke benutzte § 823 Abs. 1 BGB beiseite geworfen werden könnte³⁾.

Ähnlich spricht Fikentscher beim Recht am Gewerbebetrieb im Gegensatz zu den absoluten Rechten des § 823 Abs. 1 BGB von einem "Rahmenrecht"⁴⁾ und sieht wie v.Caemmerer die Aufgabe darin, Verhaltensnormen durch Bildung von Fallgruppen herauszuarbeiten und dadurch den Schutzbereich dieses Rechts zu konkretisieren⁵⁾.

Inzwischen hat sich die Sicht, daß es beim deliktischen Unternehmensschutz der Sache nach letztlich nicht um den Schutz eines subjektiven Rechts, sondern um die Ausfüllung eines offenen Tatbestandes durch Herausarbeitung von Verhaltensnormen geht, durchgesetzt⁶⁾.

bb. Während die meisten Autoren aber ohne große Erörterung wie die Rechtsprechung davon ausgehen, daß das Recht am Ge-

1) v.Caemmerer, Festschrift DJT, S. 49 ff, 90; so auch Deutsch, JZ 1963, 385 ff, 386; Esser, SchuldR. BT, § 107 II 2 c, S. 405; Larenz, SchuldR. BT, § 72 III b, S. 632 spricht von einem "Fremdkörper" im System der subjektiven Rechte des BGB.

2) v.Caemmerer, Festschrift DJT, S. 49 ff, 91 f.

3) Ders., Festschrift für Rabel, S. 333 ff, 400.

4) Fikentscher, SchuldR., § 103 II, S. 634.

5) Ders., Festgabe für Kronstein, S. 261 ff, 288 und SchuldR., § 103 II 1 b, S. 638 f.

6) Vgl. die Nachweise o. S. 29, Fn. 2.

werbebetrieb, auch wenn es kein eigentliches absolutes Recht ist, vom Schutzbereich des § 823 Abs. 1 BGB erfaßt wird und sich dann mit den weiteren Rechtsanwendungsproblemen befassen, hat es Buchner in seiner verdienstvollen Arbeit¹⁾ unternommen, in methodisch einwandfreier Weise der primären und meist vernachlässigten Frage nachzugehen, ob ein Rechtsschutz des Gewerbebetriebes überhaupt anzuerkennen ist, wenn man davon ausgeht, daß es sich beim Recht am Gewerbebetrieb gerade nicht um ein absolutes Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB handelt. Ist das Recht am Gewerbebetrieb kein "sonstiges Recht" i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB, gibt es nach Buchner nur zwei Möglichkeiten seiner Anerkennung: Entweder handelt es sich hierbei schon um Gewohnheitsrecht oder der Rechtsschutz des Unternehmens ist als Akt richterlicher Rechtsfortbildung zu billigen²⁾. Auf Buchners Thesen wird später noch näher einzugehen sein.

cc. Im Gegensatz zum Großteil des Schrifttums, das einen Rechtsschutz des Unternehmens aus § 823 Abs. 1 BGB auch ohne Anerkennung des Rechts am Gewerbebetrieb als sonstigem Recht befürwortet, hat Preusche in einer neueren Arbeit³⁾ versucht, das Recht am Gewerbebetrieb als absolutes, echtes "sonstiges Recht" i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB nachzuweisen. Ausgehend von der unbefriedigenden Situation, daß in § 823 Abs. 1 BGB nach der Rechtsprechung zwei gänzlich verschiedene Arten von Rechten geschützt werden, für die auch verschiedene Rechtsanwendungsregeln gelten, nämlich für die dort genannten Rechte die Unrechtsindizierung und für die neu entwickelten generalklauselartigen Rechte das Erfordernis der materiellen Rechtswidrigkeitsprüfung, fordert Preusche einen einheitlichen Rechtswidrigkeitsbegriff für § 823 Abs. 1 BGB. Nach seiner Ansicht hat das Recht am Gewerbebetrieb nur dann einen Platz in § 823 Abs. 1 BGB,

1) Buchner, Die Bedeutung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb für den deliktsrechtlichen Unternehmensschutz, 1971.

2) Vgl. seine Problemstellung auf S. 1 ff.

3) Preusche, Unternehmensschutz und Haftungsbeschränkung im Privatrecht, 1974.

wenn es sich dabei um ein absolutes Recht handelt, was er in seiner Untersuchung, auf die noch im einzelnen zurückzukommen sein wird, auch bejaht¹⁾.

dd. Ein beachtlicher Teil der Literatur wendet sich trotz der jahrzehntelangen Praxis der Rechtsprechung weiterhin gegen die Anerkennung eines Rechts am Gewerbebetrieb und versucht, die auftretenden Problemfälle mit Hilfe der übrigen deliktischen Normen zu lösen²⁾.

Für die Gegner eines Rechts am Gewerbebetrieb ist die Änderung der Rechtsprechung vom absoluten Schutz zur Entwicklung einer Generalklausel nicht mehr als eine Modifikation, die die prinzipiellen Einwände gegen einen speziellen deliktischen Schutz des Unternehmens nicht auszuräumen vermag³⁾.

ee. Im Zuge einer Neubelebung der Dogmatik der Verkehrssicherungs(pflichten)⁴⁾ wurden in neuester Zeit Versuche gemacht, den Tatbestand der Verkehrspflichtverletzung für den deliktischen Unternehmensschutz nutzbar zu machen. Ausgehend von der Erkenntnis, daß es beim Schutz des Unternehmens der Sache nach nicht um den Schutz subjektiver Rechte, sondern letztlich um die Herausarbeitung von Verhaltensnormen, eben Verkehrspflichten, geht, hat sich insbes. Mertens dafür ausgesprochen, im Deliktsrecht auch Verkehrspflichten zugunsten fremden Vermögens anzuerkennen und von daher den deliktischen Unternehmensschutz in der Kategorie der Verkehrspflichtverletzung aufgehen zu las-

1) Preusche, Unternehmensschutz, S. 52, 87 f, 91 ff, 117 ff; für ein "echtes" subjektives Recht am Gewerbebetrieb auch Staudinger-Schäfer, § 823, Rdn. 126.

2) Kübler, AcP 172, S. 177 ff, 196; ders., Haftung der Massenmedien, S. 123 ff, 142; Andresen, Warentest, S. 231; Wiehöltter, KJ 1970, 121 ff, 134 f; Nahme, GRUR 1964, 484 ff, 486; Bofinger, NJW 1965, 1833 ff, 1837; Däubler in Alt.Komm. BGB, § 823, Rdn. 49 f.

3) So insbes. Kübler, AcP 172, S. 177 ff, 191.

4) v.Bar, Verkehrspflichten, 1980; ders., JZ 1979, 332 ff; Mertens, VersR 1980, 397 ff; Steffen, VersR 1980, 409 ff.

sen¹⁾. Allerdings besteht keine Einigkeit darüber, ob bei der Verletzung von Verkehrspflichten zugunsten fremden Vermögens dogmatisch am Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB²⁾ oder des § 823 Abs. 2 BGB³⁾ angeknüpft werden sollte.

2. Lösungsversuche über § 823 Abs. 2 BGB

a. Für die Rechtsprechung und den Teil des Schrifttums, der einen Rechtsschutz des Unternehmens aus § 823 Abs. 1 BGB befürwortet, kommt einer Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. bestimmten Schutzgesetzen im Bereich der außerwettbewerblichen Gewerbekritik kaum eine praktische Bedeutung zu.

Als mögliche Schutzgesetze werden vor allem die strafrechtlichen Beleidigungsvorschriften der §§ 185 ff StGB genannt⁴⁾. Ihre Anwendung kommt im Bereich der Gewerbekritik aber nur in einem sehr engen Rahmen in Betracht, etwa wenn ein Unternehmer persönlich scharf angegriffen wird. Im Regelfall der Kritik an Unternehmen, also meist juristischen Personen, und ihren Leistungen oder Erzeugnissen wird aber eine Anwendbarkeit der auf den persönlichen Ehrenschatz zugeschnittenen strafrechtlichen Vorschriften schon sehr fraglich. Auf die Grenzen des Anwendungsbereiches dieser Vorschriften wird im einzelnen noch zurückzukommen sein.

b. Ein Teil der Gegner eines in § 823 Abs. 1 BGB angesiedelten Rechts am Gewerbebetrieb hat aber schon früh erwo-gen, den auch von ihnen im Grundsatz bejahten Unternehmensschutz durch eine Ausdehnung des Anwendungsbereiches des

1) Mertens in MünchK., § 823, Rdn. 9 f, 149 ff, 469 ff, 484; ders., VersR 1980, 397 ff, 400; ders., AcP 178, S. 227 ff; s. auch Huber, Festschrift für v.Caemmerer, S. 359 ff.

2) Dafür Mertens in MünchK., § 823, Rdn. 152 jedenfalls für den Bereich des deliktischen Unternehmensschutzes wegen der Verfestigung dieser Sicht durch die Rspr.

3) Dafür Huber, Festschrift für v.Caemmerer, S. 359 ff, 377ff.

4) v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 27 ff; Baumbach-Hefermehl, §§ 14,15 UWG, Rdn. 15 ff; Wenzel, Recht der Wort- und Bildberichterstattung, Rdn. 3.116 ff, S. 106 ff.

§ 823 Abs. 2 BGB zu verwirklichen¹⁾). Ausgangspunkt ihrer Überlegungen ist der oben schon angeschnittene Befund, daß ein Rechtsschutz des Unternehmens durch Konstruktion eines subjektiven Rechts in einer marktwirtschaftlichen Ordnung systemfremd ist, da es nur darum gehen könne, den Gewerbebetrieb gegen bestimmte Arten von Handlungen zu schützen. Da diese Art des Vorgehens, Rechtsschutz gegen bestimmte Eingriffe zu gewähren, für die Schutzgesetze des § 823 Abs. 2 BGB charakteristisch ist, versuchen die Vertreter dieser Ansicht, die Zielrichtung des Unternehmensschutzes durch Anknüpfung an diesen Tatbestand zu verdeutlichen.

aa. Am weitesten ging dabei der Vorschlag von Gieseke: Angesichts des Mangels an außerwettbewerblichen Normen, die auf einen Unternehmensschutz zielen und die deshalb als Schutzgesetze i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB angesehen werden könnten, wollte er auf das Erfordernis eines materiellen Gesetzes verzichten und als Schutzgesetze für § 823 Abs. 2 BGB auch "allgemeine Grundsätze, die unser soziales Leben beherrschen, selbst wenn sie nicht durch Bestimmungen des Grundgesetzes oder in anderer Weise fixiert sind, vielmehr erst erschlossen werden müssen"²⁾, dienstbar machen.

bb. An Gieseke anknüpfend sieht auch Reinhardt aufgrund der Tatsache, daß der Gewerbebetrieb nur gegen bestimmte, durch ihre Art und Weise besonders qualifizierte Beeinträchtigungen zu schützen ist, den richtigen Ansatzpunkt für den Unternehmensschutz in § 823 Abs. 2 BGB und spricht sich für eine Rechtsfortbildung aus, die den von der Rechtsprechung zu entwickelnden Verhaltensnormen die Bedeutung von Schutzgesetzen beimißt³⁾. Für den Bereich der Gewerbekritik ist Reinhardt der Ansicht, daß der Unternehmer ein Recht darauf habe, daß die aus der Unternehmensführung erwachsen-

1) Gieseke, GRUR 1950, 298 ff; Reinhardt, Karlsruher Forum 1961, S. 3 ff; Raiser, JZ 1961, 465 ff; ders., *summum ius summa iniuria*, S. 145 ff; Deutsch, JZ 1963, 385 ff; Zeuner, JZ 1961, 41 ff, 45; Steindorff, JZ 1960, 582 ff.

2) Gieseke, GRUR 1950, 298 ff, 310 f.

3) Reinhardt, Karlsruher Forum 1961, S. 3 ff, 11, 13.

den und das Bild des Unternehmens in der Umwelt bestimmenden Tatsachen weder verfälscht noch unterdrückt würden. Eine Kritik der vom Unternehmen geschaffenen Tatsachen sei dagegen stets zulässig, wenn sie nicht wegen der Art und Weise, in der sie erfolge, zu mißbilligen sei, wobei dann § 823 Abs. 2 BGB einzugreifen habe¹⁾.

cc. Vorsichtiger argumentiert Deutsch, wenn er eine Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB erst dann für möglich erachtet, wenn sich neue - aus § 826 BGB zu entwickelnde - Schutzformen des Unternehmens derart verfestigt haben, daß sie durch gewohnheitsrechtliche Geltung als Schutzgesetze angesehen werden könnten²⁾.

dd. Von einem anderen Ausgangspunkt her hat Raiser versucht, § 823 Abs. 2 BGB für den Unternehmensschutz nutzbar zu machen³⁾: Seine Kritik setzt an der herkömmlichen Position an, daß Interessenschutz nur über die Konstruktion subjektiver Rechte im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB möglich sei, wie die Entwicklung eines Rechts am Gewerbebetrieb zeigt. Raiser weist dagegen darauf hin, daß die Rechtsordnung häufig auch für die soziale Ordnung elementare Rechtsinstitute wie Wettbewerb, Besitz u.ä. schütze und gerade § 823 Abs. 2 BGB auf den Schutz von Privatrechtsinstituten abziele. Ein solches schützenswertes Institut sei in der Marktwirtschaft auch die unternehmerische Betätigung. Eine nähere Konkretisierung dieses Ansatzes für den Unternehmensschutz findet sich bei Raiser allerdings nicht.

c. Gerade durch die Änderung der Rechtsprechung vom absoluten Schutz des Unternehmens zur Entwicklung eines offenen Tatbestandes mit dem Erfordernis der positiven Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Eingriffs im Einzelfall, wodurch

1) Ders., S. 12.

2) Deutsch, JZ 1963, 385 ff, 391; ähnlich Medicus, Bürgerliches Recht, Rdn. 614, S. 301.

3) Raiser in: *summum ius summa iniuria*, S. 145 ff, 154 ff; Ansätze finden sich bei ihm auch schon in JZ 1961, 465 ff, 472.

klar wurde, daß es nicht um den Totalschutz eines Rechts, sondern um das Verbot bestimmter Verhaltensweisen, um die Ausbildung von Verhaltenspflichten, geht, haben im neueren Schrifttum die Stimmen an Gewicht gewonnen, die für eine Verlagerung des Unternehmensschutzes eintreten und die für die auch von der herrsch. Meinung gesehene Aufgabe der Entwicklung von Verhaltensnormen den systematisch richtigeren § 823 Abs. 2 BGB nutzbar machen wollen¹⁾.

Diese Autoren treten dafür ein, in § 823 Abs. 2 BGB einen entwicklungsfähigen Tatbestand zu sehen, der für eine Rechtsfortbildung offen ist²⁾: es sei zu akzeptieren, daß außergesetzliche Handlungsnormen den genannten, zum Schutz eines Dritten erlassenen Gesetzen gleich bewertet werden können³⁾. Die Rechtsanwendungsaufgabe bestehe darin, zum Schutz des Unternehmens fungierende Verhaltensnormen herauszuarbeiten oder auch im Wege richterlicher Rechtsfortbildung erst zu konstruieren und diese Normen als Schutzgesetze anzuerkennen⁴⁾. Gegen eine Einbeziehung von Richterrecht in § 823 Abs. 2 BGB dürften nach Mertens⁵⁾ grundsätzlich dann keine Bedenken bestehen, wenn dieses Richterrecht in "fertigen", vom Einzelsachverhalt gelösten Normen schon ausgeprägt sei. In einem Schutz des Unternehmens sogleich auf der Basis von diesen schützenden Normen ohne den Umweg über ein subjektives Recht oder Rechtsgut und in dem dadurch möglichen Verzicht auf die generalklauselartigen Rechte wird auch ein

1) Esser-Weyers, SchuldR. BT, Teilbd. 2, § 55 I 2 c, S. 145; Schmiedel, Deliktobligationen, S. 33 ff; Mertens, AcP 178, S. 227 ff; Rüdig, Erfüllung des Tatbestandes des § 823 Abs. 1 BGB durch Schutzgesetzverstoß, S. 64 f; Löwisch, Deliktsschutz relativer Rechte, S. 129 f; Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 465 ff; auch Larenz, SchuldR. BT, § 72 III b, S. 632 f, Fn. 7 sieht in § 823 Abs. 2 BGB den an sich richtigen Anknüpfungspunkt für eine Ausbildung von Verhaltensnormen.

2) Mertens, AcP 178, S. 227 ff, 228 ff.

3) Esser-Weyers, SchuldR. BT, Teilbd. 2, § 55 I 2 c, S. 145.

4) Rüdig, a.a.O. (Fn. 1), S. 64 f; Löwisch, a.a.O. (Fn. 1), S. 130; Schmiedel, Deliktobligationen, S. 38.

5) Mertens, AcP 178, S. 227 ff, 230.

praktischer Vorzug gesehen, da nämlich eine allgemeine Güter- und Interessenabwägung bei einem generalklauselartig formulierten Recht erfahrungsgemäß zu großzügigeren Lösungen und damit zu einer Ausweitung des Schutzbereiches gegenüber der Prüfung eines Verhaltens an einer festgefügtten, den Typus des Lebensverhältnisses erfassenden, Verhaltensnorm führe¹⁾. Schließlich spreche auch der Gesichtspunkt der Methodenehrlichkeit für eine Anknüpfung des deliktischen Unternehmensschutzes an § 823 Abs. 2 BGB²⁾.

Wenn diese Autoren damit zwar grundsätzlich die Möglichkeit einer richterlichen Rechtsfortbildung innerhalb des § 823 Abs. 2 BGB bejahen, so fehlt doch bei den meisten eine Auseinandersetzung mit der entscheidenden Frage, anhand welcher Maßstäbe und bis zu welchen Grenzen eine Rechtsfortbildung erfolgen kann, ob also gesetzliche oder verfassungsrechtliche Wertungen für die Bildung von Verhaltensnormen vorhanden sein müssen oder ob der Richter unabhängig davon allein aus sozialen Grundsätzen und Lebensverhältnissen - wie Gieseke³⁾ gemeint hat - Verhaltensnormen entwickeln darf. Lediglich Mertens⁴⁾ hat versucht, durch Heranziehung sonderprivatrechtlicher Regelungen für bestimmte tatbestandsmäßige Gruppen Beurteilungskriterien für die Bildung von Verhaltensnormen zu finden, ist dabei allerdings nicht auf den hier interessierenden Bereich der unternehmensschädigenden Äußerungen eingegangen.

1) Löwisch, Deliktsschutz relativer Rechte, S. 129; ähnlich Schmiedel, Deliktsobligationen, S. 38.

2) Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 467, Fn. 19.

3) Gieseke, GRUR 1950, 298 ff, 310 f.

4) Mertens, AcP 178, S. 227 ff.

3. Anwendungsbereich des § 826 BGB

a. Für die Rechtsprechung und den Teil der Literatur, die einen Rechtsschutz des Unternehmens aus § 823 Abs. 1 BGB befürworten, kommt einer Anwendung des § 826 BGB kaum eine praktische Bedeutung zu. Zwar wird allgemein die Funktion des Rechts am Gewerbebetrieb als eines Auffangtatbestandes¹⁾ betont, derzufolge spezielle Rechtsvorschriften vorrangig geprüft werden müßten. Diesem Vorrangverhältnis wird hauptsächlich aber nur bei § 824 BGB²⁾ und Spezialgesetzen, z.B. den Vorschriften des UWG³⁾, Rechnung getragen. Dagegen bleibt das Konkurrenzverhältnis zwischen § 823 Abs. 1 BGB, dem Recht am Gewerbebetrieb, und § 826 BGB unklar.

Da § 826 BGB wie das Recht am Gewerbebetrieb eine Generalklausel darstellt, die der wertenden Ausfüllung bedarf, wird § 826 BGB im Ergebnis nicht als vorrangiger Spezialtatbestand angesehen. Ob ihm überhaupt noch neben dem Recht am Gewerbebetrieb ein Anwendungsbereich zukommen soll, wird nicht deutlich. Zum Teil wird ausgeführt, eine Anwendung des § 826 BGB komme bei besonders gröblichen Verstößen in Betracht⁴⁾.

Bei derartigen Formulierungen hat § 826 BGB aber keinen eigenständigen Anwendungsbereich und stellt sich nur als Unterfall des vorsätzlichen Eingriffs in den Gewerbebetrieb dar, d.h. das Recht am Gewerbebetrieb gewährt bei Vorsatztaten denselben Rechtsschutz wie § 826 BGB. Daß in der Praxis dann das Recht am Gewerbebetrieb angewendet wird, liegt daran, daß die materielle Prüfung der Rechtswidrigkeit beim Recht am Gewerbebetrieb durch Bildung von Fallgruppen schon näher konkretisiert ist und man nicht mehr darauf angewiesen ist, den noch allgemeineren Begriff der Sittenwidrigkeit auszufüllen.

1) z.B. BGHZ 45, 296 ff, 307 ("Höllenfeuer").

2) z.B. BGH GRUR 1964, 162 ff, 164 ("Elektronenorgel").

3) BGHZ 36, 252 ff, 257.

4) Helle, NJW 1962, 1177 ff, 1180.

Insofern kann davon gesprochen werden, daß der Tatbestand des Unternehmensschutzes sich zu einer den § 826 BGB überlagernden Generalklausel entwickelt hat¹⁾. Beide Generalklauseln stehen in Anspruchskonkurrenz nebeneinander²⁾.

Die Austauschbarkeit beider Generalklauseln im Bereich vorsätzlicher Schädigungen zeigt auch die Rechtsprechung zu Boykottsachverhalten, die sowohl nach § 823 Abs. 1 BGB als auch nach § 826 BGB beurteilt wurden³⁾. Ein weiteres Beispiel ist die Grenzziehung für zulässige Äußerungen seit der "Höllenfeuer"-Entscheidung des BGH: Wenn seitdem die Grenze zulässiger Kritik bei der böswilligen Schmähkritik gesehen wird⁴⁾, erhebt sich die Frage, ob damit nicht auch die Grenze zum Sittenwidrigen überschritten würde, das Gericht also auch bei Anwendung des § 826 BGB zu derselben Abgrenzung gelangt wäre⁵⁾.

b. Für diejenigen Gegner eines generalklauselartigen Rechts am Gewerbebetrieb, die auch nicht für eine Ausdehnung des § 823 Abs. 2 BGB eintreten, hat dagegen § 826 BGB einen eigenständigen Anwendungsbereich. Für sie stellt nämlich § 826 BGB die Grenze dar, bis zu der die grundsätzlich freie Gewerbekritik, soweit sie nicht von § 824 BGB erfaßt wird, gehen darf⁶⁾. Die Vertreter dieser Ansicht stehen aber wieder vor der Aufgabe, den schillernden Begriff der Sittenwidrigkeit zu konkretisieren.

1) v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 66; Kübler, JZ 1967, S. 177 ff, 178; Knopp, Festschrift für Hefermehl, S. 403 ff, 410.

2) Mertens in MünchK., § 826, Rdn. 90; Staudinger-Schäfer, § 826, Rdn. 9; im Ergebnis ebenso BGHZ 59, 30 ff, 34.

3) In BGHZ 24, 200 ff ("Spätheimkehrer") etwa wurde § 823 Abs. 1 BGB angewendet; das der "Lüth"-Entscheidung des BVerfG (E 7, 198 ff) zugrundeliegende zivilrechtliche Urteil ging von § 826 BGB aus; vgl. auch v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 260 f; Sambuc, JZ 1975, 700.

4) BGHZ 45, 296 ff, 310.

5) Fischötter, GRUR 1966, 697; Kübler, JZ 1967, 177 ff, 178; Ringel, Recht am Gewerbebetrieb, S. 180.

6) Kübler, AcP 172, S. 177 ff; Andresen, Warentest, S. 218 ff; Bofinger, NJW 1965, 1833 ff, 1839.

Kübler¹⁾ kommt das Verdienst zu, einen von den herkömmlichen Definitionen der Sittenwidrigkeit abweichenden, speziell auf den Bereich der Gewerbekritik zugeschnittenen Weg der Auslegung versucht zu haben: Da er ein Recht am Gewerbebetrieb ablehnt, weil damit der von ihm in den Vordergrund gestellte freie Prozeß der Bildung öffentlicher Meinung behindert würde, begreift er § 826 BGB als Fairneßregel, die den freiheitlichen Kommunikationsprozeß schützen und eingreifen soll, wenn dieser durch mißbräuchliche Machtausübung verzerrt zu werden droht²⁾. Mißbräuchliche Machtausübung sieht Kübler dort, wo keine Chance bleibt, sich gegen grob einseitige und entstellende Auslassungen öffentlich vor demselben Publikum zur Wehr zu setzen. Monopole und beherrschende Positionen in Meinungsmärkten verpflichteten um so mehr zur Zurückhaltung, je geringer die Fähigkeit zur öffentlichen Replik einzuschätzen sei³⁾.

Der Ansicht Küblers vom Verständnis des § 826 BGB als einer Fairneßregel folgt Andresen⁴⁾; gleichzeitig versucht er, die allgemeinen Thesen Küblers näher zu konkretisieren, um jeglicher inhaltlichen oder formalen Kritik einer Kritik durch die Justiz eine Absage zu erteilen.

4. Anwendungsbereich des § 824 BGB

a. Im Mittelpunkt der Diskussion zum Anwendungsbereich des § 824 BGB bei der Gewerbekritik steht die Frage der Abgrenzung der in § 824 BGB vorausgesetzten Tatsachenbehauptungen von Meinungsäußerungen und damit insgesamt die Frage der Abgrenzung der Regelungsbereiche von § 824 BGB und dem Recht am Gewerbebetrieb aus § 823 Abs. 1 BGB.

1) Kübler, AcP 172, S. 177 ff.

2) Ders., S. 196 ff.

3) Ders., S. 197.

4) Andresen, Warentest, S. 218 ff.

Begrüßt wird im neueren Schrifttum allgemein die Tendenz der Rechtsprechung, den Begriff der Tatsachenbehauptung restriktiv auszulegen und damit den Anwendungsbereich des § 824 BGB einzuengen und der öffentlichen Kommunikation einen weiten Spielraum zu verschaffen¹⁾.

Lebhaft diskutiert werden aber die Kriterien zur vom Gesetz vorausgesetzten Abgrenzung von Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen.

aa. Die herrsch. Ansicht im Schrifttum folgt dabei grundsätzlich dem Ansatz der Rechtsprechung, in der Beweisbarkeit einer Äußerung das entscheidende Abgrenzungsmerkmal zu sehen, betont aber gleichzeitig, daß die Grenzziehung mit erkenntnistheoretischen Mitteln letztendlich nicht zu bewerkstelligen sei und der Tatsachenbegriff als funktionaler Rechtsbegriff zu verstehen sei²⁾.

bb. Eine von der Rechtsprechung abweichende Abgrenzung von Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen vertritt Wenzel³⁾:

Er wendet sich insbesondere gegen die Tendenz der Rechtsprechung, bei der Abgrenzung den zugrundeliegenden Sachverhalt unberücksichtigt zu lassen und danach unsubstantiierte Äußerungen pauschal als Meinungsäußerungen gelten zu lassen. Ob eine Tatsachenbehauptung oder eine Meinungsäußerung vorliege, könne vielmehr nur durch einen Vergleich des Inhalts der Äußerung mit dem zugrundeliegenden Sachverhalt festgestellt werden. Tatsachenbehauptung sei dann das, was sich - gemessen am Sachverhalt - als richtig oder falsch erweise, Meinungsäußerung das, worüber dann

1) Kübler, AcP 172, S. 177 ff, 199; Andresen, Warentest, S. 216; Mertens in MünchK., § 824, Rdn. 14 ff; BGB-RGRK-Steffen, § 824, Rdn. 20.

2) Baumbach-Hefermehl, §§ 14,15 UWG, Rdn. 9; Kübler, AcP 172, S. 177 ff, 199: "linguistisches Konsensproblem"; Andresen, Warentest, S. 215; Mertens in MünchK., § 824, Rdn. 12.

3) Wenzel, GRUR 1970, 278 ff, 280 f; ders., Recht der Wort- und Bildberichterstattung, Rdn. 1.35 ff, S. 17 ff.

noch gestritten werden könne¹⁾. Auch ein Werturteil könne Tatsachenbezug haben und sich danach als richtig oder falsch erweisen; nur wenn dies nicht eindeutig festzustellen sei, handele es sich um eine nicht unter § 824 BGB fallende Meinungsäußerung²⁾. Für alle Äußerungen könne es also nur darum gehen, zu fragen, ob sie richtig oder unrichtig seien.

b. Das zweite im Anwendungsbereich des § 824 BGB diskutierte Auslegungsproblem betrifft die Regelung des Haftungsausschlusses bei Wahrnehmung berechtigter Interessen in § 824 Abs. 2 BGB:

Ansatzpunkt der Kritik ist die geschilderte Rechtsprechung des BGH, bei fahrlässigem Handeln nicht generell die Berufung auf § 824 Abs. 2 BGB zuzulassen, sondern die Wahrnehmung berechtigter Interessen noch von der Erfüllung von Sorgfaltspflichten abhängig zu machen³⁾.

Dem wird entgegengehalten, daß es des Haftungsausschlusses in § 824 Abs. 2 BGB gar nicht bedürfe, wenn dieser schuldloses Handeln voraussetze, da dann schon die Voraussetzungen des § 824 Abs. 1 BGB nicht erfüllt seien⁴⁾. Mit der vom BGH verfolgten Interpretation werde Abs. 2 des § 824 BGB überflüssig; er sei aber gerade bei fahrlässiger Unkenntnis der Unwahrheit von Bedeutung.

In der Frage, wie das Verhältnis der beiden Absätze des § 824 BGB zueinander nun aber richtig zu bestimmen sei, werden verschiedene Auffassungen vertreten:

aa. Wenzel legt § 824 Abs. 2 BGB restriktiv dahin aus, daß der Haftungsausschluß öffentliche Kritiken nicht erfaße.

1) Wenzel, Recht der Wort- und Bildberichterstattung, Rdn. 1.42, S. 19.

2) Ders., GRUR 1970, 278 ff, 281.

3) Vgl. o. S. 25 f mit den Nachw. S. 25, Fn. 2.

4) Soergel-Zeuner, § 824, Rdn. 23; Wenzel, Recht der Wort- und Bildberichterstattung, Rdn. 3.194, S. 130; ders., GRUR 1966, 636; Deutsch, JZ 1967, 95; Andresen, Waren-test, S. 76 ff.

Er diene nur dazu, inoffizielle Äußerungen vom Risiko der Haftpflicht zu befreien, damit es möglich bleibe, sich im internen Kreis ungezwungen zu äußern. Dagegen vermittele die Öffentlichkeit von Äußerungen schon die Vorstellung, der Kritiker habe die Richtigkeit der Behauptung geprüft¹⁾.

bb. Deutsch versucht dagegen, der Diskrepanz zwischen der schon in § 824 Abs. 1 BGB vorausgesetzten Fahrlässigkeit und dem Erfordernis einer Prüfungspflicht innerhalb der Privilegierung des Abs. 2 dadurch zu entgehen, daß er, um dem Abs. 2 einen Anwendungsbereich zu erhalten und die logische Fehlleistung von identischen Voraussetzungen von normaler und privilegierter Haftung zu vermeiden, die Sorgfaltsanforderungen innerhalb des Abs. 2 ermäßigt²⁾. Bei einer unwahren Behauptung von einer Person zur anderen solle nur die grobe Verletzung der Prüfungspflicht die Wahrnehmung berechtigter Interessen ausschließen. Anders sei dagegen bei den Massenmedien ein höheres Maß an Sorgfalt zu fordern. Der Umfang des Risikos sei dabei nicht ein für allemal festzulegen, sondern variere je nach der Größe der Gefahr und der Erheblichkeit des wahrgenommenen Interesses³⁾.

cc. Weitergehend ist Andresen der Ansicht, das Erfordernis der Erfüllung von Sorgfaltspflichten bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen sei eine unangemessene Analogie zu § 193 StGB und verwirft dieses Vorgehen als Auslegung contra legem⁴⁾. Für den Bereich der Warenkritik folgert er deshalb, die Haftung sei bei fahrlässig unwahrer Warenkritik stets ausgeschlossen, da öffentliche Kommunikation über das Konsumgüterangebot stets berechnete Interessenwahrnehmung sei⁵⁾.

1) Wenzel, GRUR 1966, 636; ders., Recht der Wort- und Bildberichterstattung, Rdn. 3.197 f, S. 131.

2) Deutsch, JZ 1967, 95 f, 96; ähnlich Soergel-Zeuner, § 824, Rdn. 25.

3) Deutsch, JZ 1967, 95 f, 96.

4) Andresen, Warentest, S. 76 f, 110 und 216 f.

5) Ders., S. 217.

B. KRITIK UND EIGENER LÖSUNGSWEG

Bevor die speziellen Zulässigkeitskriterien für die Gewerbekritik durch Verbraucher herausgebildet werden können, bedarf es der Klärung der grundsätzlichen Frage, welche deliktischen Normen dazu heranzuziehen sind. An dieser Stelle ergibt sich also zunächst die Aufgabe, die in Rechtsprechung und Literatur umstrittenen Fragen der dogmatischen Einordnung der Gewerbekritik im System des Deliktsrechts einer eigenen Lösung zuzuführen.

Wenn es auch naheläge, zunächst den Anwendungsbereich der gesetzlich normierten Tatbestände, die für eine Ahndung unzulässiger Äußerungen in Betracht kommen, wie die §§ 823 Abs. 2, 824, 826 BGB, zu untersuchen, so soll doch mit der Auseinandersetzung mit dem sog. Recht am Gewerbebetrieb im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB begonnen werden, da dieses Rechtsinstitut in der Praxis wie im Schrifttum ganz im Vordergrund der Problematik unternehmensschädigender Äußerungen steht. Sollte sich dabei ergeben, daß ein solches Recht am Gewerbebetrieb nicht anzuerkennen ist, bleibt danach die Aufgabe, den Anwendungsbereich der übrigen Normen (§§ 823 Abs. 2, 824, 826 BGB) zu untersuchen.

I. Das sog. Recht am Gewerbebetrieb

1. Problemstellung

Im Deliktsrecht des BGB findet sich keine Bestimmung, die ausdrücklich Rechtsschutz gegen Eingriffe in ein Unternehmen gewähren würde. Der Ansatzpunkt der Rechtsprechung für die Entwicklung eines Rechts am Gewerbebetrieb war deshalb der Begriff des "sonstigen Rechts" in § 823 Abs. 1 BGB.

Das RG glaubte in seiner grundlegenden Entscheidung¹⁾ auf-

1) RGZ 58, 24 ff, 29 f; vgl. schon o. S. 8 f.

grund der gegenständlichen Verkörperung der unternehmerischen Willensbetätigung im Unternehmen dieses als sonstiges subjektives Recht i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB ansehen zu können. In der Folgezeit hielt die Rechtsprechung an ihrem Ansatzpunkt, den Rechtsschutz des Unternehmens aus § 823 Abs. 1 BGB abzuleiten, fest, ohne aber deutlich zu machen, ob sie sich damit noch im Rahmen der Gesetzesauslegung bewegt oder rechtsfortbildend tätig sein will¹⁾. Wenn auch in neueren Entscheidungen²⁾ der Gesichtspunkt der Rechtsfortbildung stärker betont wird, so hat die Rechtsprechung die Vorstellung von einem subjektiven Recht am Unternehmen als sonstigem Recht i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB doch nie ausdrücklich aufgegeben.

Im Schrifttum dagegen wird zunehmend die Auffassung vertreten, das Recht am Gewerbebetrieb sei in Wirklichkeit kein echtes "sonstiges Recht" i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB, sondern eine deliktische Generalklausel³⁾; trotzdem folgt die herrsch. Auffassung - wenn auch oft nur resignativ wegen der jahrzehntelangen und kaum veränderbaren Praxis - der Rechtsprechung aber dahin, den Rechtsschutz des Unternehmens aus § 823 Abs. 1 BGB abzuleiten⁴⁾.

Preusche⁵⁾ hat zu Recht konstatiert, daß die Verneinung eines subjektiven Rechts am Unternehmen und der dennoch bejahete Rechtsschutz aus § 823 Abs. 1 BGB im Grunde widersprüchlich sind. Ist das Recht am Unternehmen kein "sonstiges Recht" i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB, scheidet diese Norm zunächst als Anspruchsgrundlage aus. Allerdings ist dies entgegen der Ansicht Preusches nicht endgültig. Vielmehr ist dann zu fragen, ob gesicherte juristische Methoden die Anwendbarkeit

1) Vgl. die Kritik bei Buchner, Gewerbebetrieb, S. 1 ff.

2) zB BGHZ 65, 325 ff, 328 ("Warentest").

3) Grundlegend v.Caemmerer, Festschrift DJT, S. 49 ff, 90; weitere Nachweise s.o. S. 30, Fn. 1.

4) Vgl. die Nachweise auf S. 29, Fn. 2.

5) Preusche, Unternehmensschutz, S. 87.

des § 823 Abs. 1 BGB nicht doch wieder begründen können; als solche Formen der Rechtsgeltung kommen eine gewohnheitsrechtliche Verfestigung des Rechts am Gewerbebetrieb oder seine Anerkennung als Akt richterlicher Rechtsfortbildung in Betracht. Diese methodische Fragestellung lassen diejenigen Autoren vermissen, die einerseits zwar dem Recht am Gewerbebetrieb die Eigenschaft als subjektives Recht absprechen, andererseits aber doch ohne weiteres einen Rechtsschutz aus § 823 Abs. 1 BGB bejahen. Buchner¹⁾ kommt das Verdienst zu, in methodisch einwandfreier Weise eine derartige Rechtfertigung des Unternehmensschutzes im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB versucht zu haben.

Nach diesem Gedankengang, nämlich den Fragen, ist das Recht am Gewerbebetrieb ein "sonstiges Recht" i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB und wenn nicht, kann es als Gewohnheitsrecht oder als Akt richterlicher Rechtsfortbildung Geltung beanspruchen, soll auch die weitere Untersuchung erfolgen.

2. Das Recht am Gewerbebetrieb als "sonstiges Recht" i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB?

Trotz gewandelter Auffassungen ist diese Fragestellung auch heute noch nicht als überholt anzusehen, da zum einen die Rechtsprechung diesen von ihr gewählten Ansatzpunkt für einen deliktischen Unternehmensschutz nicht aufgegeben hat und da zum anderen auch Teile des neueren Schrifttums noch von einem "echten" subjektiven Recht am Unternehmen ausgehen²⁾.

a. Begriff und Funktion des "sonstigen Rechts" im Deliktsrecht

Mit der Frage, ob das Recht am Gewerbebetrieb als "sonstiges Recht" i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB angesehen werden kann und

1) Buchner, Gewerbebetrieb, S. 19 ff.

2) Staudinger-Schäfer, § 823, Rdn. 126; Preusche, Unternehmensschutz, S. 90 ff.

deshalb das Unternehmen durch § 823 Abs. 1 BGB unmittelbar geschützt wird, tritt die Klärung des Begriffs des "sonstigen Rechts" in den Mittelpunkt der Problematik.

aa. Seit Entstehen des BGB ist dieser Begriff in § 823 Abs. 1 BGB Gegenstand heftiger Meinungsverschiedenheiten gewesen. Oertmann bezeichnete die Streitfrage als "eine der hartnäckigsten und bisher am wenigsten geklärten"¹⁾.

Die Auslegungsschwierigkeiten ergeben sich aus der zusammenfassenden Aufzählung der so unterschiedlichen Schutzobjekte des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit, des Eigentums oder eines sonstigen Rechts in § 823 Abs. 1 BGB. Diese Formulierung führte zu einem so breiten Meinungsspektrum, daß einerseits angenommen wurde, die persönlichen Lebensgüter wie das Leben u.s.w. seien durch das Gesetz als subjektive absolute Rechte gleich dem Eigentum anerkannt worden, da sie mit dem Eigentum unter dem Begriff des "sonstigen Rechts" zusammengefaßt worden seien²⁾. Andererseits wurde die Vorschrift sogar dahingehend ausgelegt, daß aus der Zusammenfassung der persönlichen Rechtsgüter mit dem Eigentum die Schlußfolgerung gezogen wurde, daß als "sonstiges Recht" jedes rechtlich geschützte Interesse zu verstehen sei³⁾.

Schon bald aber erkannte die herrsch. Meinung die Unhaltbarkeit dieser beiden Extrempositionen. Beinhaltete der Begriff des "sonstigen Rechts" wirklich einen umfassenden Interessenschutz, wären die übrigen deliktischen Normen überflüssig und der Gesetzgeber hätte mit § 823 Abs. 1 BGB eine Generalklausel geschaffen, die aber gerade nicht beabsichtigt war⁴⁾. Zum anderen wurde deutlich, daß die in § 823 Abs. 1 BGB genannten persönlichen Rechtsgüter nicht mit dem

1) Oertmann, Festgabe für Dernburg, S. 61 ff, 63.

2) Oertmann, § 823, Anm. 1.

3) v. Liszt, Die Deliktobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs, S. 21.

4) Im Gegensatz etwa zum schweizerischen (Art. 41 Obligationenrecht) oder französischen Recht (Art. 1382 ff code civil).

Eigentum in einer Linie genannt werden können; sie sind nicht wie dieses subjektive Rechte. Schon früh wurde deshalb erkannt, daß zwischen den Lebensgütern und dem subjektiven Recht des Eigentums gleichsam ein Trennungsstrich zu ziehen ist. Damit ergab sich für die Auslegung des § 823 Abs. 1 BGB, daß die Formulierung "oder ein sonstiges Recht" nur auf das Eigentum und nicht auf die anderen in § 823 Abs. 1 BGB genannten Güter bezogen werden kann. Der Begriff des "sonstigen Rechts" ist also vom Eigentum her zu bestimmen¹⁾. Ein "sonstiges Recht" kann deshalb nur wie das Eigentum ein subjektives absolutes Recht sein²⁾. Insoweit besteht heute weitgehend Einigkeit. Umstritten ist aber weiterhin, durch welche Merkmale ein sonstiges, absolutes subjektives Recht gekennzeichnet ist.

bb. Zur Beantwortung dieser Frage ist es zunächst sinnvoll, sich den Zweck des Deliktsrechts vor Augen zu halten, weil davon die Auslegung der entscheidenden Vorschriften mitbestimmt werden kann.

Neben dem Sinn des Deliktsrechts, einen gerechten Schadensausgleich zu verwirklichen, findet sich schon in den Protokollen zum BGB ein Hinweis auf den weiteren Zweck des Rechts der unerlaubten Handlungen, nämlich "die Rechtskreise der Einzelnen, innerhalb derer sie ihre individuelle Freiheit entfalten und ihre Interessen verfolgen dürfen, voneinander abzugrenzen"³⁾. Das Deliktsrecht verfolgt damit einen vernünftigen Ausgleich zwischen dem Schutz bestimmter Rechtsgüter und der allgemeinen Handlungsfreiheit. Gerade § 823 Abs. 1 BGB kommt dabei die Bedeutung zu, mit den Lebensgütern, dem Eigentum und den "sonstigen Rechten" bestimmte Bereiche zu kennzeichnen, die dem Einzelnen ausschließlich

1) So schon Motive II, S. 728; ähnlich zB Medicus, Bürgerliches Recht, Rdn. 607,, S. 296.

2) RGZ 57, 353 ff, 356; Soergel-Zeuner, § 823, Rdn. 33; Planck-Flad, § 823, Anm. B II 1 f; Palandt-Thomas, § 823, Anm. 6; Erman-Drees, § 823, Rdn. 24.

3) Mugdan, Materialien II, S. 1073.

zugeordnet und fremder Disposition entzogen sind¹⁾, in die einzugreifen damit grundsätzlich vertypstes Unrecht darstellt. Im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB wird also der Gedanke des Schutzes bestimmter Güter auf Kosten der allgemeinen Handlungsfreiheit stärker als in anderen deliktischen Normen betont²⁾. Wenn aber die in § 823 Abs. 1 BGB aufgeführten schützenswerten Güter die Bereiche kennzeichnen sollen, die dem Inhaber unter Ausschluß aller Dritter die alleinige Disposition vorbehalten, so hat dies auch für die als "sonstige Rechte" bezeichneten Güter zu gelten.

Die auf diese Weise auf Kosten der Handlungsfreiheit der anderen gewährten Schutzbereiche müssen jedoch begrenzt und präzise bestimmt sein³⁾, sollen nicht die Interessen der anderen Rechtsgenossen, sich frei und ohne übermäßige Rücksicht auf Dritte bewegen und betätigen zu können⁴⁾, ohne ausreichende Berücksichtigung bleiben. Durch den Begriff des "sonstigen Rechts" kann deshalb kein allgemeiner Interessenschutz eingeführt werden, sondern es muß sich bei ihnen um derartig umgrenzte oder begrenzbar Positionen handeln, daß die Schutzbereichszuweisung und der Dispositionsvorbehalt zugunsten des Einzelnen zu rechtfertigen sind, ohne den dargestellten und durch das Deliktsrecht auch zu verwirklichenden Interessenausgleich zwischen Güterzuweisung und allgemeiner Handlungsfreiheit zu durchbrechen.

Vor diesem vom Gesetzeszweck her bestimmten Hintergrund ist nun die Frage zu beantworten, welche Merkmale den Begriff des "sonstigen Rechts" kennzeichnen und ob einem Recht am Gewerbebetrieb eine solche Qualifizierung beigemessen werden kann.

1) Reinhardt, Karlsruher Forum 1961, S. 3 ff, 6.

2) Münzberg, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, S. 334.

3) Reinhardt, Karlsruher Forum, 1961, S. 3 ff, 9.

4) Preusche, Unternehmensschutz, S. 90.

b. Merkmale des "sonstigen Rechts" i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB

aa. Personelle Ausschlußbefugnis

Erstes Charakteristikum eines subjektiven Rechts, das dem Einzelnen zur alleinigen Disposition zugewiesen ist, ist die Befugnis des Rechtsinhabers, sich gegen Eingriffe in diesen Schutzbereich durch jedweden Dritten zu wehren. Ein subjektives Recht ist gegen jeden möglichen Verletzer geschützt, es ist personell absolut¹⁾. Darüber besteht Einigkeit. Die Ausschlußfunktion des subjektiven Rechts in personeller Hinsicht folgt schon aus dem Wortlaut des § 823 Abs. 1 BGB, nach dem allgemein jeder, der in die dort geschützten Rechtspositionen eingreift, zum Schadenersatz verpflichtet wird. Unterschiede hinsichtlich der Person des Schädigers sind mit dem Zweck des Deliktsrechts, dem Einzelnen bestimmte absolute Herrschaftsbereiche zuzuweisen, unvereinbar. Diesen personell absoluten Charakter der in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechte erkennen auch diejenigen Autoren an, die für einen Deliktsschutz relativer Rechte eintreten, indem sie nämlich nachzuweisen versuchen, daß auch bei den Forderungsrechten ein über die Schuldner-Gläubiger-Beziehung hinausreichender Zuweisungsbereich erkennbar sei, der von jedem Dritten zu beachten sei und der deshalb insoweit einen absoluten Deliktsschutz nach § 823 Abs. 1 BGB rechtfertige²⁾.

Mißt man das fragliche Recht am Gewerbebetrieb am Erfordernis eines personell absoluten Schutzes, so ergeben sich insoweit keine Bedenken gegen die Annahme eines subjektiven sonstigen Rechts: Der deliktische Schutz des Unternehmens wurde seit jeher so gehandhabt, daß Ansprüche gegen jeden eingreifenden Dritten bestehen konnten und nicht nur gegen bestimmte Verletzer, denen bestimmte Eigenschaften zu eigen

1) RGZ 95, 283 ff, 284; Staudinger-Schäfer, § 823, Rdn. 54; Schippel, Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, S. 16; Preusche, Unternehmensschutz, S. 92; Larenz, SchuldR. BT, § 72 I a, S. 603.

2) Löwisch, Deliktsschutz relativer Rechte, S. 47 ff; Koziol, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte, S. 142.

waren, wie z.B. Arbeitnehmer, Konkurrenten oder Verbraucher. An der Abwehrfunktion des Rechts am Gewerbebetrieb besteht kein Zweifel.

bb. Genereller Schutz

Wenn der Gewerbebetrieb damit zwar gegen jeden möglichen Verletzer geschützt wird, so besteht demgegenüber aber in inhaltlicher Hinsicht kein genereller Schutz. Das Unternehmen soll - abgesehen von der Frage der Rechtswidrigkeit - schon auf der tatbestandlichen Ebene nicht gegen jede Art von Eingriffen deliktisch geschützt sein, sondern nur gegen bestimmte Verhaltensweisen, die inzwischen als tatbestandliche Gruppen auch näher herausgebildet sind¹⁾. Diese Einschränkung des Schutzbereiches des Unternehmens - z.B. auch auf betriebsbezogene Eingriffe²⁾ - erklärt sich aus den vielfältigen Einwirkungsmöglichkeiten in die Unternehmenssphäre, die in einer Wettbewerbswirtschaft grundsätzlich erlaubt sein müssen. Daß der Gewerbebetrieb nur gegen einen als unzulässig erkannten bestimmten Ausschnitt aller möglichen Beeinträchtigungen deliktisch geschützt sein soll, wurde immer wieder als Argument gegen die Anerkennung eines Rechts am Gewerbebetrieb als "sonstiges Recht" i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB verwandt³⁾.

Prämisse einer solchen Argumentation ist die Annahme, der Begriff des absoluten Rechts beinhalte das Erfordernis des generellen Schutzes gegen jeden Eingriff⁴⁾. Neumann-Duesberg ging dabei sogar so weit, zu sagen, unter § 823 Abs. 1 BGB fielen nur totale und nicht auch partielle Herrschaftsrechte⁵⁾.

1) Fikentscher, Festgabe für Kronstein, S. 261 ff, 288 ff; Larenz, SchuldR. BT, § 72 III b, S. 634; v.Caemmerer, Festschrift DJT, S. 49 ff, 91 ff; Buchner, Gewerbebetrieb, S. 114 ff.

2) Grundlegend BGHZ 29, 65 ff, 74.

3) So z.B. Gieseke, GRUR 1950, 298 ff, 302 f.

4) Ders., S. 302.

5) Neumann-Duesberg, SJZ 1950, 483.

Die Annahme des Erfordernisses eines inhaltlich generellen Schutzes subjektiver Rechte erklärt sich aus dem Versuch, den Begriff des "sonstigen Rechtes" in § 823 Abs. 1 BGB vom Begriff des Eigentums her zu bestimmen. Da das Eigentum einen uneingeschränkten Schutz gegen alle Arten von Eingriffen zu genießen scheint, wird dieses Merkmal zum Teil auch für die vom Eigentum her zu bestimmenden "sonstigen Rechte" für wesentlich angesehen. Schon die Annahme eines wirklich generellen Schutzes des Eigentums entspricht aber nicht den Gegebenheiten. Auch das Eigentum wird nicht gegen jeden Eingriff geschützt¹⁾. Abgesehen davon, daß der Schutz des Eigentums zurücktreten muß, wenn ein Eingriff durch Notwehr, Notstand oder Selbsthilfe gerechtfertigt ist, hat das Eigentum aber auch schon auf der tatbestandlichen Ebene keinen uneingeschränkten Schutzbereich: z.B. ergeben sich immanente Schranken aus nachbarrechtlichen (§§ 906 ff BGB) oder bergrechtlichen²⁾ Gründen, aufgrund derer der Grundstückseigentümer schwerwiegende Einwirkungen zu dulden hat.

Wenn also schon das klassische absolute Recht, das Eigentum, keinen wirklich generellen Schutz genießt, sondern auch bei ihm zwischen echten tatbestandsrelevanten Eingriffen und irrelevanten bloßen Tangierungen des Rechtsguts zu unterscheiden ist³⁾, kann der generelle Schutz eines Rechts gegen jeden Eingriff kein Wesensmerkmal des absoluten Rechts sein⁴⁾. Ein solches Erfordernis gilt daher auch nicht für den Begriff des "sonstigen Rechts", dessen Kriterien vom Eigentum her abzuleiten sind.

1) v.Caemmerer, Festschrift DJT, S. 49 ff, 90, Fn. 181; Baumbach-Hefermehl, Allg., Rdn. 114; Preusche, Unternehmensschutz, S. 93 ff; Münzberg, Verhalten und Erfolg als Grundlage der Rechtswidrigkeit und Haftung, S. 334.

2) RGZ 161, 203 ff, 208.

3) Preusche, Unternehmensschutz, S. 84.

4) Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil, § 72 I 3 b, S. 433.

Daß das Unternehmen nur gegen bestimmte - als unzulässig erkannte - Formen von Einwirkungen geschützt wird, ist damit insoweit kein Argument gegen die Anerkennung eines Rechts am Gewerbebetrieb als "sonstiges Recht" i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB.¹⁾ Allerdings kann ein Recht am Unternehmen in einer Wettbewerbswirtschaft nur einen weitaus engeren Schutzbereich haben als das Eigentum, das im Ergebnis doch gegen die allermeisten Eingriffe geschützt ist. Wenn aber kein absolutes Recht wesensmäßig wirklich generell gegen alle Einwirkungen Schutz genießt, so bestehen zwischen dem am umfassendsten geschützten Eigentum und den übrigen sonstigen Rechten, die demgegenüber unterschiedlich größeren tatbestandlichen Beschränkungen unterliegen, doch nur graduelle Unterschiede²⁾, so daß auch ein nur in engen Grenzen geschütztes Recht am Unternehmen durchaus als subjektives Recht anerkannt werden könnte.

cc. Zuweisungsgehalt

Allein in der erörterten Ausschlußfunktion erschöpft sich jedoch nicht das Wesen des subjektiven Rechts. Da der Deliktsschutz in § 823 Abs. 1 BGB technisch durch Zuerkennung von subjektiven Rechten als Schutzbereichen erfolgt, die dem Einzelnen zur alleinigen Disposition zugewiesen sind, müssen diese Bereiche begrenzt oder zumindest begrenzbar sein, da ihre Anerkennung auf Kosten der Handlungsfreiheit aller anderen Rechtsgenossen erfolgt³⁾.

Die Aufgabe besteht also darin, den Rechtsschutz durch Gewährung subjektiver Rechte vom bloßen Interessenschutz, der nicht Gegenstand des § 823 Abs. 1 BGB ist, zu trennen. Über das damit für den Begriff des subjektiven Rechts entscheidende Merkmal besteht in der rechtswissenschaftlichen Literatur allerdings keine Einigkeit.

1) Vgl. die Nachweise o. S. 52, Fn. 1.

2) Baumbach-Hefermehl, Allg., Rdn. 114.

3) s.o. S. 48 f.

Entwickelt man den Begriff des "sonstigen Rechts" - wie es die Systematik des § 823 Abs. 1 BGB erfordert - von dem des Eigentums her, so wird deutlich, daß die Ausschlußfunktion nicht das allein kennzeichnende Merkmal des absoluten Rechts ist. Das Eigentum wie auch die anderen anerkannten absoluten Rechte weisen dem Inhaber bestimmte Befugnisse ausschließlich zu, sie gewähren ihm eine positive Rechtsmacht, die ihm das Recht zur alleinigen Disposition gibt; m.a.W. die absoluten Rechte beschreiben typische Herrschaftspositionen¹⁾. Die Beschränkung der absoluten Rechte auf Herrschaftsrechte ist für § 823 Abs. 1 BGB auch beizubehalten. Die Beschneidung der Handlungsfreiheit der anderen Rechtsgenossen durch das System vertyppter Unrechtstatbestände in § 823 Abs. 1 BGB ist nur dann gerechtfertigt, wenn auch die "sonstigen Rechte" auf solche Positionen beschränkt bleiben, die ihrem Inhaber bestimmte Befugnisse ausschließlich zuweisen, also einen positiven Zuweisungsgehalt haben²⁾. Dazu gehören z.B. die beschränkten dinglichen Rechte, die ihrem Inhaber einen bestimmten Ausschnitt aus der Rechtsmacht des Eigentümers gewähren. In ähnlicher Weise geben auch die als "sonstige Rechte" i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB anerkannten Immaterialgüterrechte wie das Urheber- oder Patentrecht ihrem Inhaber positive Herrschaftsbefugnisse wie z.B. das ausschließliche Verwertungsrecht.

Im Gegensatz dazu soll sich das Recht am Unternehmen in seiner Ausschlußfunktion erschöpfen, nämlich einen Anspruch auf Abwehr bestimmter, als rechtswidrig erkannter Eingriffe gewähren. Dagegen ist es von der Rechtsordnung nicht mit positiven, zur ausschließlichen Disposition bestimmten Befugnissen ausgestattet³⁾. Herrschaftsrechte bestehen viel-

1) Latenz, SchuldR. BT, § 72 I a, S. 603; Baumbach-Hefermehl, Allg., Rdn. 113.

2) v.Caemmerer, Festschrift DJT, S. 49 ff, 89; ders., Festschrift für Rabel, S. 333 ff, 399; Baumbach-Hefermehl, Allg., Rdn. 113 f; gegen das Kriterium des Zuweisungsgehalts spricht sich u.a. Preusche, Unternehmensschutz, S. 101 ff aus.

3) So Buchner, Gewerbebetrieb, S. 23 ff gegen die Annahme eines absoluten subjektiven Rechts am Unternehmen.

mehr nur an einzelnen Sachen, Gegenständen oder Rechten, die zwar auch zum Unternehmen gehören, aber Gegenstand selbständiger Rechte sind, wie z.B. die im Eigentum stehenden Sachen, die Patente, die Firma u.s.w. Über diese einzelnen schon selbst durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechte hinaus besteht aber kein Herrschaftsrecht am Unternehmen selbst oder der unternehmerischen Tätigkeit als solcher, das einen absoluten Schutz des Rufs und Ansehens des Unternehmens bzw. seiner Tätigkeit oder seiner Chancen am Markt rechtfertigen würde. In einer marktwirtschaftlichen Ordnung kann es ein solches alle anderen ausschließendes Herrschaftsrecht auch gar nicht geben. Mit den Grundprinzipien einer Wettbewerbsordnung wäre es unvereinbar, den einzelnen Wirtschaftssubjekten einen festen Tätigkeitsbereich zuzuweisen. Diesen Bereich müssen sie sich vielmehr immer neu erobern in einem Kampf, für den es zwar im Wettbewerb Spielregeln, aber keine garantierten Monopolstellungen gibt¹⁾. Über die einzelnen selbständig geschützten Gegenstände und Rechte hinaus ist dem Unternehmensinhaber kein zu seiner ausschließlichen Disposition stehendes Herrschaftsrecht am Unternehmen selbst zugewiesen.

Der Zweck des § 823 Abs. 1 BGB, dem Einzelnen monopolartige Schutzbereiche zuzubilligen, von denen er zumindest teilweise jeden Dritten ausschließen kann, verbietet es, in einem Recht am Unternehmen ein derartiges sonstiges absolutes Recht zu sehen. Mangels eines Zuweisungsgehaltes ist das Recht am Unternehmen damit, wenn auch möglicherweise Schutzobjekt, so doch kein Herrschaftsobjekt. Damit fehlt es an einem wesentlichen Merkmal zur Anerkennung als "sonstiges Recht" i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB²⁾.

-
- 1) Raiser, JZ 1961, 465 ff, 469; Gieseke, GRUR 1950, 298 ff, 303; Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, S. 290; Baumbach-Hefermehl, Allg., Rdn. 113; Völz, WuW 1956, 31 ff, 37.
 - 2) v.Caemmerer, Festschrift DJT, S. 49 ff, 89; ders., Festschrift für Rabel, S. 333 ff, 399; Larenz, SchuldR. BT, § 72 III b, S. 632 f, Fn. 7; Esser, SchuldR. BT, § 107 II 2 c, S. 405; Baumbach-Hefermehl, Allg., Rdn. 113 f; Mestmäcker, JZ 1958, 521 ff, 526; Deutsch, JZ 1963, 385 ff, 387. Selbst in BGHZ 71, 86 ff, 98 wird der Zuweisungsgehalt des Rechts am Gewerbebetrieb verneint.

dd. Rechtsgegenstand

Schließlich mangelt es auch an einer tatbestandlichen Fixierung dessen, was beim Recht am Gewerbebetrieb eigentlich geschützt werden soll¹⁾. Das wird schon an den wenig konkreten Formulierungen deutlich, mit denen in der Rechtsprechung der Schutzgegenstand näher umschrieben werden soll: Da heißt es z.B., Gegenstand des Rechts am Gewerbebetrieb seien die Erscheinungsformen des Gewerbebetriebes, die ihm spezifisch als solchem zu eigen sind²⁾ oder die Ausstrahlungen des Gewerbebetriebes³⁾ oder alles das, was in seiner Gesamtheit den Gewerbebetrieb zur Entfaltung⁴⁾ und zur Betätigung in der Wirtschaft befähigt⁵⁾.

Es fehlt mithin an einer begrifflichen Definition des Schutzgegenstandes eines Rechts am Gewerbebetrieb. Eine solche klare Definition kann es auch gar nicht geben, da ein solches Recht keinen einheitlichen Gegenstand hätte⁶⁾. Vom Schutz erfaßt werden vielmehr so unterschiedliche Dinge wie der Gewerbebetrieb selbst, die gewerbliche Betätigung des Betriebsinhabers sowie deren Ergebnisse, d.h. die Wertschätzung und der Ruf des Unternehmens und seiner Produkte in der Wirtschaft. Es handelt sich beim Unternehmen um eine Gesamtheit von Sachen, Rechten und anderen - auch immateriellen - Gütern, bei der absolute Rechte nur an den einzelnen selbständigen Vermögensrechten wie z.B. dem Eigentum und den Immaterialgüterrechten bestehen.

Wenn das Unternehmen damit auch wirtschaftlich als Ganzes ein erhebliches Wertobjekt darstellt, so ist es doch recht-

1) Baumbach-Hefermehl, Allg., Rdn. 114.

2) BGHZ 29, 65 ff, 70 ("Stromkabel").

3) BGHZ 3, 270 ff, 278 ("Constanze").

4) BGHZ 8, 142 ff, 144 ("Schwarze Listen").

5) BGHZ 29, 65 ff, 70 ("Stromkabel").

6) Wolf, Festschrift für F.v.Hippel, S. 665 ff, 676 f.

lich kein Ganzes, keine Einheit, mithin kein eigenes Rechtsobjekt, sondern nur eine Sach- und Rechtsgesamtheit, was sich auch darin zeigt, daß das Unternehmen als Ganzes nicht veräußert oder verpfändet werden kann, sondern Verfügungen nur über die einzelnen darin enthaltenen selbständigen Gegenstände möglich sind¹⁾. In Übereinstimmung damit sollten auch nur diese und nicht die Gesamtheit des Unternehmens zum Gegenstand eines absoluten Schutzrechts gemacht werden²⁾.

Freilich hat es nicht an Versuchen gefehlt, dem wirtschaftlichen Wert entsprechend das Unternehmen als einen Gegenstand und mithin als ein absolutes Recht zu konstruieren.

Zu nennen ist dabei insbes. die Arbeit Brechers³⁾, der das Unternehmen einen Rechtsgegenstand "höherer Ordnung" nennt, an dem er ein Herrschaftsrecht mit stark persönlichkeitsrechtlichem Einschlag für möglich hält⁴⁾, wobei er aber selbst eingesteht, daß beim Unternehmen spezifisch juristische Erfordernisse, die einen Gegenstand zum Rechtsgegenstand machen, nicht in Vollkommenheit ausgebildet seien; es handle sich gleichsam um einen "hinkenden Rechtsgegenstand"⁵⁾. Schon diese Formulierungen zeigen, wie problematisch es ist, die so unterschiedlichen tatsächlichen Bestandteile und Werte des Unternehmens wie die gegenständlichen Substrate, die Tätigkeit der Unternehmerpersönlichkeit und deren Ergebnisse, das objektiviert geistige Gut, unter einem einheitlichen Rechtsbegriff zusammenzufassen und ein einheitliches subjektives Recht daran zu konstruieren. Hinzukommt, daß die Anerkennung des Unternehmens als Rechtsobjekt noch keine Schlußfolgerung hinsichtlich des

1) v. Caemmerer, Festschrift DJT, S. 49 ff, 89.

2) Allerdings besteht keine zwingende Verknüpfung zwischen dinglicher Rechtslage und Deliktsschutz; vgl. Buchner, Gewerbebetrieb, S. 12 ff. Diese Argumentation fungiert hier auch nur als Hilferwägung neben dem entscheidenden Argument des fehlenden Zuweisungsgehaltes.

3) Brecher, Das Unternehmen als Rechtsgegenstand, 1953.

4) Ders., S. 128 ff, 130.

5) Ders., S. 128/129.

Deliktsschutzes und der Qualifizierung als absolutes Recht zuläßt¹⁾.

Hubmann, der zwar die Unhaltbarkeit der Annahme eines einheitlichen Rechtsgegenstandes am Unternehmen sieht, trennt die einzelnen Bereiche dessen, was er als dem Unternehmen wesentlich begreift und erkennt subjektive Rechte an diesen einzelnen Bereichen an; und zwar spricht er von einem Recht am Tätigkeitsbereich des Unternehmens als einem Immaterialgut, verbunden mit Herrschaftsrechten an den einzelnen Vermögensstücken und einem Persönlichkeitsrecht des Unternehmers²⁾.

All diesen Versuchen zur Konstruktion subjektiver Rechte am Unternehmen ist gemeinsam, daß das Unternehmen zu Recht als Gut von unzweifelhaft erheblichem, den Verkehrswert der einzelnen Vermögensstücke meist wesentlich übersteigendem materiellen und ideellen Wert gesehen wird. Auch die Betonung der Schutzwürdigkeit des Unternehmens als der Verkörperung der Unternehmerleistung in der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung hat durchaus Überzeugungskraft. Allerdings darf daraus allenfalls gefolgert werden, dem Unternehmen als Schutzobjekt Anerkennung zukommen zu lassen³⁾. Das heißt jedoch nicht, daß dies über die Konstruktion eines subjektiven absoluten Rechts zu erfolgen habe. Der Weg, Rechtsschutz durch Güterschutz über das "sonstige Recht" des § 823 Abs. 1 BGB zu gewähren, würde im Fall des Unternehmens bedeuten, einen Tätigkeitsbereich, der einen Ausschnitt aller möglichen Tätigkeiten des sozialen und wirtschaftlichen Lebens darstellt, dem Inhaber des Rechts zum ausschließlichen Gebrauchen und Nutzen zuzuweisen. Eine solche monopolartige Stellung zur alleinigen Disposition, wie sie dem Wesen des absoluten Rechts eigentümlich ist, kann dem Unternehmen in einer Wettbewerbsordnung - und der Unternehmensbegriff ist von der Funktion des

1) Buchner, Gewerbebetrieb, S. 12 ff.

2) Hubmann, ZHR 117, 41 ff, 50 ff.

3) Baumbach-Hefermehl, Allg., Rdn. 113.

Unternehmens in der marktwirtschaftlichen Ordnung her zu bestimmen¹⁾ - aber nicht zuerkannt werden. Die Grundprinzipien einer Wettbewerbsordnung verbieten es, den einzelnen Wirtschaftssubjekten einen ausschließlichen Tätigkeitsbereich zuzuweisen und durch Abwehr- und Schadenersatzansprüche zu schützen²⁾. Das Unternehmen kann nicht als "sonstiges Recht" i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB anerkannt werden, wenn die Funktion der ausschließlichen Güterzuweisung durch § 823 Abs. 1 BGB³⁾ im System des Rechts der unerlaubten Handlungen genügend Berücksichtigung finden soll.

ee. Sozialtypische Offenkundigkeit

Neben bzw. anstelle der erörterten Voraussetzungen ist in der Literatur verschiedentlich noch mit anderen Kriterien versucht worden, die Wesensmerkmale des absoluten sonstigen Rechts zu bestimmen. Zu erwähnen ist dabei insbes. die Untersuchung von Fabricius⁴⁾, der das entscheidende Merkmal des sonstigen absoluten Rechts in der sozialtypischen Offenkundigkeit sieht⁵⁾. Ein Rechtsgut sei dann als sonstiges und damit absolutes Recht von jedermann zu beachten, wenn es sozialtypisch offenkundig, d.h. wenn es aufgrund unserer Sozial- und Kulturauffassung selbstverständlich erkennbar sei⁶⁾. Einer Verkörperung bedürfe es dabei nicht, vielmehr genüge es, "daß das betreffende Rechtsgut sozialtypischerweise, d.h. vom Durchschnittstypen der Rechtsgenossen als schutzbedürftiges Gut empfunden"⁷⁾ werde.

In der Tat läßt sich bei den anerkannten durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechten eine derartige sozialtypische Offen-

1) Ballerstedt, JZ 1951, 486 ff, 490.

2) Raiser, JZ 1961, 465 ff, 469; Baumbach-Hefermehl, Allg., Rdn. 113; Gieseke, GRUR 1950, 298 ff, 302.

3) Reinhardt, Karlsruher Forum 1961, S. 3 ff, 6.

4) Fabricius, AcP 160, S. 273 ff.

5) Ders., S. 289 ff.

6) Ders., S. 291.

7) Ders., S. 292.

kundigkeit nachweisen. So ist für jeden offenkundig, daß die in § 823 Abs. 1 BGB genannten Lebensgüter und das Eigentum zu Recht beanspruchen können, von jedermann beachtet zu werden. Ebenso liegt es bei den beschränkten dinglichen Rechten. Auch z.B. das Interesse des Urhebers auf Wahrung der Gestalt seines Werkes oder das Interesse des Erfinders, sein Patent nach Eintragung und Bekanntmachung ausschließlich verwerten zu können, sind in diesem Sinne offenkundig schützenswert.

In Zweifelsfällen wie dem fraglichen Recht am Gewerbebetrieb kann dieses Kriterium jedoch nicht weiterhelfen. Zwar mag sich für den verständigen Rechtsgenossen ein Unternehmen durchaus als hoher wirtschaftlicher oder auch immaterieller Wert als erhaltenswert darstellen, doch kann wohl nicht gesagt werden, es sei nach unserer Sozialauffassung selbstverständlich, es als seinem Inhaber ausschließlich zugewiesenen und gegen Eingriffe von außen zu schützenden Bereich anzusehen. Einen solchen Konsens anzunehmen, wäre reine Spekulation, was auch schon in der kontroversen Diskussion allein im juristischen Schrifttum zum Ausdruck kommt. Bezeichnenderweise erörtert Fabricius selbst nicht, ob das Unternehmen nach seinem Kriterium als "sonstiges Recht" anzusehen wäre, sondern geht einfach mit der Rechtsprechung davon aus, daß ein solches Recht anzuerkennen sei¹⁾.

Insgesamt handelt es sich damit beim Kriterium der sozialtypischen Offenkundigkeit zwar um ein anschauliches Merkmal, das sich bei den anerkannten absoluten Rechten durchaus nachweisen läßt. Zur begrifflichen Abgrenzung, ob in Grenzfällen ein anerkanntes Interesse schon ein absolutes subjektives Recht darstellt, ist es aber nicht geeignet. Bei der auch von Fabricius gesehenen Aufgabe, § 823 Abs. 1 BGB, der eben keinen allgemeinen Interessenschutz bezweckt, einschränkend auszulegen²⁾, bedarf es begrifflich klarer Kri-

1) Fabricius, AcP 160, S. 273 ff, 304, Fn. 107.

2) Ders., S. 289, 290.

terien - wie dem des Zuweisungsgehaltes - zur Abgrenzung subjektiver Rechte von reinen, wenn auch schützenswerten Interessen. Daher kann es nicht entscheidend auf die soziale Offenkundigkeit eines Gutes ankommen, die in Grenzfällen, wie das Beispiel des Rechts am Unternehmen zeigt, gerade nie eindeutig feststellbar sein wird.

Dieselben Bedenken sind den von Preusche betonten Kriterien entgegenzuhalten, wenn er die entscheidenden Merkmale des absoluten Rechts in der besonderen sozialen Wichtigkeit und der leichten Erfäßbarkeit sieht¹⁾, womit er dasselbe wie Fabricius meint²⁾. Zwar läßt sich durchaus von den anerkannten absoluten Rechten sagen, sie seien sozial wichtig, der Umkehrschluß aber, alle sozial wichtigen Güter seien deshalb auch absolute Rechte, ist jedoch nicht angängig. Nicht jedes sozial wichtige Gut muß auch für seinen Inhaber einen derart ausschließlichen Bereich abstecken, daß schon von einem absoluten Recht i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB gesprochen werden kann. So ist das Unternehmen mit Sicherheit im Wirtschafts- und Sozialleben ein äußerst wichtiger Faktor, jedoch kann deshalb in der Wettbewerbsordnung noch nicht davon gesprochen werden, es sei seinem Inhaber zur ausschließlichen Disposition zugewiesen und Beeinträchtigungen der unternehmerischen Dispositionsbefugnis verpflichteten zu Unterlassung und Schadenersatz. Die mit dem Begriff des "sonstigen Rechts" verbundene Aufgabe, Güterzuordnung und reinen Interessenschutz zu trennen, kann mit einem Kriterium der sozialen Wichtigkeit nicht geleistet werden.

c. Ergebnis

Ein Recht am Gewerbebetrieb erfüllt nicht die Voraussetzungen, die an ein absolutes sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB zu stellen sind. Auch wenn das Unternehmen in wirtschaftlicher Hinsicht einen bedeutenden Faktor im Sozi-

1) Preusche, Unternehmensschutz, S. 96 ff.

2) Ders., S. 100.

al- und Wirtschaftsleben darstellt, so kommt ihm doch mangels Zuweisungsgehaltes im Rechtssinne nicht die Bedeutung eines selbständigen subjektiven Rechts zu. Diesen Charakter haben vielmehr nur die einzelnen Gegenstände und Rechte, die materiellen und immateriellen Güter, die im Unternehmen enthalten sind.

Damit erweist sich als richtig, was in der neueren Literatur zum großen Teil erkannt wird: Ein Recht am Gewerbebetrieb ist kein echtes "sonstiges Recht" i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB, sondern ein Rahmenrecht¹⁾, ein offener Tatbestand²⁾, eine Generalklausel³⁾, eine Denkform zur Ermöglichung eines partiellen Vermögensschutzes⁴⁾, deren Schutzbereich erst im Einzelfall zu konkretisieren ist; es handelt sich um einen Fremdkörper im System der subjektiven Rechte des BGB⁵⁾, mit dessen Herausbildung die Rechtsprechung die Grenzen der Auslegung des § 823 Abs. 1 BGB überschritten hat⁶⁾.

Daß kein subjektives Recht am Unternehmen besteht, heißt aber andererseits nicht, daß das Unternehmen überhaupt nicht als deliktisches Schutzobjekt in Frage käme. Wenn auch der Ansatzpunkt der Rechtsprechung, den Unternehmensschutz aus § 823 Abs. 1 BGB vom Begriff des "sonstigen Rechts" her zu entwickeln, als verfehlt anzusehen ist, so könnte dieser Schutz doch inzwischen anzuerkennen sein.

Zwar erscheint es widersprüchlich, einerseits die Qualität des Rechts am Unternehmen als sonstiges Recht zu leugnen, andererseits aber doch der Rechtsprechung in der Anerkennung des Rechtsschutzes des Gewerbebetriebes aus § 823 Abs. 1 BGB zu folgen⁷⁾, wie dies ein großer Teil des Schrifttums tut.

1) Fikentscher, SchuldR., § 103 II, S. 634.

2) BGB-RGRK-Steffen, § 823, Rdn. 36.

3) v.Caemmerer, Festschrift DJT, S. 49 ff, 90; Esser, SchuldR BT, § 107 II 2 c, S. 405; Deutsch, JZ 1963, 385 ff, 386; Knopp, Festschrift für Hefermehl, S. 403 ff, 412 ff.

4) Baumbach-Hefermehl, Allg., Rdn. 114.

5) Larenz, SchuldR. BT, § 72 III b, S. 632.

6) Buchner, Gewerbebetrieb, S. 25.

7) So Preusche, Unternehmensschutz, S. 77 f.

Dieser Widerspruch erweist sich aber dann als ein nur scheinbarer, wenn auf gesichertem juristisch-methodischem Weg diese Anerkennung zu rechtfertigen ist und den Rechtsschutz nicht mehr als contra legem gewährt erscheinen läßt. Als solche methodischen Wege bieten sich die Prüfung einer gewohnheitsrechtlichen Geltung des deliktischen Unternehmensschutzes bzw. eine Anerkennung dieses Schutzes als Akt richterlicher Rechtsfortbildung an¹⁾.

3. Gewohnheitsrechtliche Geltung des Rechts am Gewerbebetrieb ?

Ist das sog. Recht am Gewerbebetrieb kein echtes "sonstiges Recht" i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB, so bedeutet dieser von der Rechtsprechung gewährte Rechtsschutz des Unternehmens eine richterliche Fortbildung des Deliktsrechts²⁾. Die Frage nach der Befugnis und den Grenzen einer solchen Rechtsfortbildung durch die Gerichte braucht allerdings dann nicht näher untersucht zu werden, sollte sich erweisen, daß dem von den Gerichten gewährten deliktischen Unternehmensschutz bereits gewohnheitsrechtliche und damit normative Kraft zukommen sollte.

In der Tat wird schon seit längerer Zeit von einem Teil des Schrifttums, wenn auch meist ohne eingehende Begründung der Voraussetzungen des Entstehens von Gewohnheitsrecht, angenommen, diese Rechtsprechung sei inzwischen gewohnheitsrechtlich verfestigt³⁾. Zum Teil wird auch vorsichtiger formuliert, daß etwa der Schutz über § 823 Abs. 1 BGB "vielleicht sogar schon fast gewohnheitsrechtliche Kraft"⁴⁾ erlangt habe.

1) So auch das Vorgehen bei Buchner, Gewerbebetrieb, S. 25 ff.

2) Ders., S. 25.

3) Schippel, Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, S. 2 f; Nipperdey, NJW 1967, 1985 ff, 1987; Staudinger-Schäfer, § 823, Rdn. 127; v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 45.

4) v.Caemmerer, Festschrift DJI, S. 49 ff, 89; ähnlich vorsichtig Deutsch, JuS 1967, 152 ff, 154; Buchner, Gewerbebetrieb, S. 30 ff.

a. Begriff und Geltung des Gewohnheitsrechts

aa. Unstreitig kann Gewohnheitsrecht auch noch unter Geltung des kodifizierten bürgerlichen Rechts entstehen. Zwar sollte nach § 2 des Entwurfs I zum BGB¹⁾ jedes Gewohnheitsrecht als Verletzung des Gesetzesmonopols verboten werden, jedoch wurde im Verlauf der Beratungen von einem solchen Verbot bewußt abgesehen. Aufgründdessen ist heute allgemein anerkannt, daß Gewohnheitsrecht zu den Rechtsnormen i.S.d. Art. 2 EGBGB gehört²⁾, ihm also gesetzesgleiche verbindliche Kraft zukommt. Das Entstehen von Gewohnheitsrecht beruht auf den beiden Elementen des Rechtsgeltungswillens der Gemeinschaft und der Manifestierung dieses Willens durch lange tatsächliche Übung³⁾.

bb. Stellt man nun die Frage, ob der zu erörternde deliktische Rechtsschutz des Unternehmens gewohnheitsrechtliche Kraft erlangt hat, darf nicht außer Betracht gelassen werden, daß wir es hier nicht mit einer verfestigten Verkehrssitte, mit einer tatsächlichen Übung bestimmter Verkehrskreise, der schon normative Kraft beigemessen werden könnte, zu tun haben, sondern daß Ausgangspunkt eine Rechtsprechung ist, die seit geraumer Zeit - wenn auch nicht unter unveränderten Voraussetzungen - diesen Rechtsschutz gewährt. Das Problem besteht also nicht in der Feststellung von Verkehrsgewohnheitsrecht, sondern in der Frage, wann ein Gerichtsgebrauch gewohnheitsrechtliche Kraft erlangt. Freilich handelt es sich dabei in der heutigen Zeit nicht um eine Besonderheit. Die historische Bedeutung von Gewohnheitsrecht in Zeiten ohne umfassende Kodifikationen und mit nur partikularen Rechten war naturgemäß erheblich.

1) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, Berlin 1888.

2) Palandt-Heinrichs, Art. 2 EGBGB, Anm. 1 d; Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil, § 38 III 1, S. 262 f; Lehmann/Hübner, Allgem. Teil, § 3 I 4, S. 14; BGHZ 22, 317 ff, 328.

3) Larenz, Allgem. Teil, § 1 I c, S. 6; Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil, § 38 I, S. 261; BGHZ 37, 219 ff, 222; BVerfGE 28, 21 ff, 28.

Unter früheren Bedingungen kam der gewohnheitsrechtlichen Verfestigung der im Verkehr üblichen Verhaltensweisen eine erhebliche Bedeutung zu, so daß es im Streitfall nur Aufgabe der Gerichte war, die Frage der Entstehung eines Gewohnheitsrechtssatzes festzustellen. Dagegen ist im heutigen, durch umfassende Gesetzgebung gekennzeichneten Rechtsstaat, in dem auch den Gerichten eine überragende Stellung eingeräumt wird, das Problem des Verkehrsgewohnheitsrechts ganz in den Hintergrund gerückt. Einmal bleiben aufgrund umfassender gesetzlicher Regelungen kaum Freiräume für die Bildung von Verkehrsgewohnheiten und zum anderen ist es aufgrund der Stellung der Rechtsprechung kaum mehr denkbar, daß sich ein Gewohnheitsrecht nachweisen läßt, an dessen Bildung nicht die gerichtliche Spruchpraxis maßgeblich beteiligt wäre¹⁾. Das liegt daran, daß im organisierten Rechts- und Justizstaat die für die Entstehung von Gewohnheitsrecht erforderliche Überzeugungsbildung nicht mehr allein in traditionellen und spontanen Verkehrsübungen erfolgen kann, sondern kaum mehr an den Gerichten vorbeigehen kann, die - mit allen Rechtsfragen befaßt - heute die Meinungsträger und wahren Vermittler einer Geltung sind²⁾. Folgerichtig erklärt deshalb auch der BGH, soweit sich ein Gewohnheitsrecht im Verkehr bilde, erhalte es doch seine Anerkennung nur durch die gerichtliche Mitwirkung und Bestätigung, ohne welche in der heutigen Gesellschaft die Gemeinsamkeit der Rechtsüberzeugung nicht erwiesen sei³⁾. Wenn heute das Problem auftaucht, ob ein bestimmter Satz gewohnheitsrechtliche Kraft hat, handelt es sich fast nur noch um Tatbestände, bei denen der Impuls für die Anerkennung einer gesetzlich nicht geregelten Rechtsfolge - wie zB. beim Rechtsschutz des Unternehmens - von der Rechtsprechung selbst ausgegangen ist. Die Entwicklung verläuft regelmäßig

1) Esser, Festschrift für F.v.Hippel, S. 95 ff, 125; Lange-Köhler, Allgem. Teil, § 1 II 3 a, S. 8.

2) Esser, Festschrift für F.v.Hippel, S. 95 ff, 126.

3) BGH NJW 1961, 313 ff, 315.

so, daß die Rechtsprechung im Wege der Rechtsfortbildung für bestimmte Sachverhalte, die das Gesetz nicht oder nicht eindeutig regelt, eine bestimmte Lösung findet und dies nicht nur in einem Fall, sondern diese Rechtsprechung später bestätigt, so daß von einer ständigen Rechtsprechung oder einem Gerichtsgebrauch, an den die Instanzgerichte sich auch halten, gesprochen werden kann. Hier taucht dann die Frage auf, ob diese von der Rechtsprechung entwickelten Rechtsätze, Konstruktionen oder Institute schon gewohnheitsrechtliche Kraft haben, so daß sich für sie eine weitere Legitimation erübrigt.

(1) Herkömmlicherweise wird für die Entstehung von Gewohnheitsrecht aus Richterrecht das anschauliche Bild eines Verfestigungsprozesses verwendet¹⁾: Die Entwicklung verlaufe kontinuierlich vom Einzeljudikat über eine Präjudizienreihe zum Gerichtsgebrauch, einer ständigen Rechtsprechung; diese erstarke dann zum Gewohnheitsrecht, wenn sie sich allgemein durchgesetzt und Anerkennung gefunden habe²⁾, d.h. wenn sich eine Regel gebildet habe, die von den Rechtsgenossen gerade in der Überzeugung befolgt werde, damit einer Anforderung des Rechts nachzukommen³⁾. Nach diesem "Umschlagen" sei das Richterrecht als Gewohnheitsrecht normativ verbindliche Rechtsquelle, während es vorher als Gerichtsgebrauch nur faktisch als Präjudiz maßgeblich sei und seinen Geltungsanspruch auf die methodisch richtige Anwendung oder Fortbildung des Gesetzes stütze⁴⁾.

(2) Betrachtet man dieses Bild, daß Gerichtsgebrauch in einem bestimmten Stadium in ein verbindliches Gewohnheitsrecht umschlagen soll, erheben sich doch Zweifel, ob die Kategorie des Gewohnheitsrechts für das Richterrecht überhaupt ange-

1) Meyer-Ladewig, AcP 161, S. 97 ff, 112; Buchner, Gewerbebetrieb, S. 27.

2) Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil, § 39 II 2 b, S. 267.

3) Larenz, NJW 1951, 497; ders., Allgem. Teil, § 1 I c, S. 10; ders., Methodenlehre, S. 425.

4) Larenz, Methodenlehre, S. 424; ders., Allgem. Teil, § 1 I c, S. 9; Buchner, Gewerbebetrieb, S. 27.

messen ist. Die entscheidenden Gedanken dazu sind von Esser vorgetragen worden¹⁾:

Ausgangspunkt für das Verständnis des Richterrechts ist bei Esser die Feststellung, daß das Gesetz selbst nichts Statisches ist, sondern durch Auslegung und Fortbildung im ständigen Werden begriffen ist. Richterrecht erwächst dann aus neuem Problem- und Gesetzesverständnis, wenn sich für die Lösung einer Ordnungsaufgabe neue allgemeine Rechtsgedanken bilden, die aber nur dazu bestimmt sind, der fortschreitenden richterlichen Erkenntnis zu dienen²⁾.

Auch das Richterrecht ist damit immer im Werden, nie etwas Endgültiges, Abgeschlossenes, und dieser Prozeß ist nur an der Gültigkeit der Methode und der Pflichtgemäßheit der Überzeugungsbildung orientiert³⁾. Das Richterrecht ist damit nichts außerhalb des Gesetzes Stehendes, sondern ein Teil des Gesetzesrechts selbst, das aktuell geltende Recht, das durch jeden neuen Fall auf die Probe gestellt wird und sich in einem Prozeß ständiger Auseinandersetzung und Bewährung befindet⁴⁾.

Wie aber der Richter ständig zu prüfen hat, ob eine bisherige Auslegung des Gesetzes Bestand haben kann und verpflichtet ist, Auslegungs- und Anschauungsirrtümer zu berichtigen und sein Verständnis des Gesetzes immer neuen Problemstellungen anzupassen, so kann nichts anderes auch für die Fortbildungen des Rechts, das Richterrecht, gelten. Würde man es als Gewohnheitsrecht fixieren, so würde das nach Esser bedeuten, "daß nicht nur die erneute Fortbildung, sondern auch die bessere Einsicht und Korrektur einer inzwischen von der Wissenschaft, den Erfahrungen oder den sozialen Veränderungen desavouierten Rechtsprechung blockiert wäre"⁵⁾.

1) Esser, Festschrift für F.v.Hippel, S. 95 ff; ähnlich kritisch Staudinger-Coing, Einl., Rdn. 229.

2) Esser, Festschrift für F.v.Hippel, S. 95 ff, 114.

3) Ders., S. 115.

4) Ders., S. 118.

5) Ders., S. 122.

Der Aufgabe des Richters, das Gesetz ständig den auftauchenden Problemstellungen entsprechend anzuwenden, auszulegen und auch fortzubilden, wäre also mit der Statuierung von Richterrecht als Gewohnheitsrecht nicht gerecht geworden.

Wenn Esser vielleicht auch zu weit geht, wenn er die Möglichkeit der Bildung echten Gewohnheitsrechts auf dem Wege über die Rechtsprechung völlig in Abrede stellt¹⁾, so überzeugt doch der Kern seiner Gedanken, daß nämlich richterliche Rechtssätze ihren Geltungsgrund allein aus der Gültigkeit der Methode und der Pflichtgemäßheit der Überzeugungsbildung ableiten und daß deshalb der Verweis auf eine Gewohnheit diese Legitimation nicht ersetzen kann.

Für unsere Fragestellung heißt das, daß der im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung gewährte Rechtsschutz des Unternehmens mittels der Konstruktion eines Rechts am Gewerbebetrieb nicht unter dem Hinweis einer Gewohnheitsrechtsbildung unangreifbar ist, sondern daß die Frage der Befugnis und der Grenzen dieser Rechtsfortbildung weiterhin Gegenstand der Auseinandersetzung zu sein hat²⁾.

b. Unternehmensschutz und Gewohnheitsrecht

Daneben sei aber noch kurz dargestellt, daß dem von den Gerichten gewährten Rechtsschutz des Unternehmens auch dann keine gewohnheitsrechtliche Kraft beigemessen werden könnte, wenn man der herkömmlichen Auffassung vom Erstarken eines Gerichtsgebrauches zum Gewohnheitsrecht folgen würde.

aa. Stellt man die Frage dahingehend, ob dem von der Rechtsprechung entwickelten Institut des Rechts am Gewerbebetrieb gewohnheitsrechtliche Kraft zukommt³⁾, so müßte ein der-

1) So die Bedenken von Larenz, Allgem. Teil, § 1 I c, S. 10, Fn. 2; ebenso Lange-Köhler, Allgem. Teil, § 1 II 3 a, S. 8. Larenz, a.a.O., S. 9 plädiert aber auch selbst dafür, bei der Anerkennung einer st. Rspr. als Gewohnheitsrecht "sehr vorsichtig" zu sein.

2) Ebenso Buchner, Gewerbebetrieb, S. 25.

3) So etwa Staudinger-Schäfer, § 823, Rdn. 127; Schippel, Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, S. 2 f.

artiges Gewohnheitsrecht unzweifelhaft verneint werden. Zur Bildung von Gewohnheitsrecht bedarf es nicht nur einer langen tatsächlichen Übung, sondern auch des Rechtsgeltungswillens der Gemeinschaft¹⁾. Zwar liegt eine ständige Rechtsprechung vor, die ein Recht am Gewerbebetrieb seit Jahrzehnten bejaht, jedoch kann hier nicht vom Vorliegen einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung gesprochen werden. Angesichts der immer wieder von namhaften Vertretern der Wissenschaft geäußerten Kritik an einem Recht am Gewerbebetrieb kann keine Rede davon sein, daß der Gerichtsgebrauch vom allgemeinen Rechtsgeltungswillen der Gemeinschaft getragen werde²⁾.

bb. Die Frage nach der gewohnheitsrechtlichen Verfestigung des Instituts "Recht am Gewerbebetrieb" ist jedoch schon falsch gestellt: Inhalt des Gewohnheitsrechts wie grundsätzlich jeden Rechtssatzes kann nämlich nur die Anordnung einer Rechtsfolge für einen bestimmten Tatbestand sein³⁾, nicht aber eine bestimmte rechtstechnische Konstruktion, mittels derer eine solche Rechtsfolge begründet werden soll. Da Gewohnheitsrecht seine Entstehung tatsächlicher Übung verdankt, kann es sich nur anhand konkreter Fälle bilden und ist in diesen zu ermitteln. Inhalt des Gewohnheitsrechts sind damit nur die Ergebnisse der vom Rechtsgeltungswillen getragenen Übung, also konkrete Rechtssätze mit konkreten Rechtsfolgen; die Wege und Konstruktionen zur Ableitung dieser Rechtsfolgen nehmen dagegen nicht an der Gewohnheitsrechtsbildung teil⁴⁾.

Untersucht man also eine gewohnheitsrechtliche Verfestigung des richterrechtlich entwickelten Unternehmensschutzes, so kann Gegenstand eines Gewohnheitsrechts nicht die konstruk-

1) Larenz, Allgem. Teil, § 1 I c, S. 6; Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil, § 38 I, S. 261.

2) Im Ergebnis ebenso Buchner, Gewerbebetrieb, S. 30 f.

3) Andresen, Warentest, S. 181; Buchner, Gewerbebetrieb, S. 28.

4) Steindorff, JZ 1960, 582 ff, 583; Buchner, Gewerbebetrieb, S. 28 ff; Schrauder, Wettbewerbsverstöße als Eingriffe in das Recht am Gewerbebetrieb, S. 170 f; Krasser, Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter, S. 211.

tive Begründung über das Recht am Gewerbebetrieb, sondern nur das Ergebnis der Rechtsprechung sein, nämlich in bestimmten Fällen von Eingriffen in das Unternehmen Schadenersatz- und Abwehransprüche zu gewähren. Ausgehend von der herkömmlichen Auffassung, daß Gerichtsgebrauch durch Rechtsgeltungswillen der Gemeinschaft zu Gewohnheitsrecht erstarkt, ist damit zu fragen, ob diese Ergebnisse, nämlich die Gewährung von Ansprüchen, von allgemeiner Rechtsüberzeugung getragen sind, wobei die Kritik an dem Weg und der Konstruktion dann unbeachtlich ist, wenn nur die Ergebnisse selbst gebilligt werden¹⁾. Die Frage ist dahingehend zu stellen, ob und welche tatbestandsmäßig einigermaßen fest umrissenen Formen von Unternehmensbeeinträchtigungen wie z.B. die Fälle unberechtigter Schutzrechtsverwarnungen, unternehmensschädigender Äußerungen, die Fälle des Streiks und des Boykotts usw. schon gewohnheitsrechtlich zur Haftung verpflichten. Hier soll nur interessieren, ob ein solches Gewohnheitsrecht in dem durch das Thema der Arbeit abgesteckten Bereich der unternehmensschädigenden Äußerungen angenommen werden könnte²⁾.

(1) Geht man zunächst vom ersten Erfordernis einer Gewohnheitsrechtsbildung aus, einer ständigen tatsächlichen Übung, so erheben sich schon Zweifel, ob ein Gewohnheitsrechtsatz des Inhalts, daß unternehmensschädigende Äußerungen über die gesetzliche Regelung der §§ 823 Abs. 2, 824, 826 BGB hinaus zum Schadenersatz verpflichteten, festgestellt werden könnte. Das RG hatte - wie oben ³⁾ dargestellt - den Unternehmen einen solchen Rechtsschutz nicht gewährt, indem es an der Voraussetzung festhielt, daß in den Bestand des Gewerbebetriebes eingegriffen werden müsse. Diese Position gab der BGH in der "Constanze"-Entscheidung⁴⁾ auf; damit wurden 'seit 1952 von einer ständigen Rechtsprechung unter-

1) Buchner, Gewerbebetrieb, S. 31.

2) In diesem Bereich sieht Buchner, Gewerbebetrieb, S. 32 "vielleicht" schon eine gewohnheitsrechtliche Verfestigung.

3) Dazu s.o. S. 8 ff.

4) BGHZ 3, 270 ff; s. auch o. S. 12 ff.

nehmensschädigende Werturteile mit einer Schadenersatzverpflichtung sanktioniert. Allerdings wurde diese Rechtsprechung durch die "Höllenfeuer"-Entscheidung¹⁾ aus dem Jahre 1966 stark modifiziert und der Bereich zulässiger Äußerungen wesentlich ausgeweitet.

Aufgrunddessen bestehen schon erhebliche Zweifel, ob von einer langen tatsächlichen Übung gesprochen werden könnte, da dies doch eine inhaltlich wesentlich gleiche Übung voraussetzen würde²⁾. Auch hier zeigt sich wieder das schon dargestellte Wesen des Richterrechts³⁾, das ständig im Werden ist und bei dem die Gerichte immer aufs Neue aufgerufen sind, eine noch so lange ständige Rechtsprechung auf ihre fortbestehende sachliche Richtigkeit und Übereinstimmung mit der gegenwärtigen Rechtsüberzeugung zu überprüfen und gegebenenfalls zu korrigieren, so daß die Kategorie des Gewohnheitsrechts für das Richterrecht eigentlich nicht angemessen ist.

(2) Im übrigen könnte auch das zweite Erfordernis, die Manifestierung der tatsächlichen Übung in der allgemeinen Rechtsüberzeugung, kaum bejaht werden: In der rechtswissenschaftlichen Literatur gibt es auch nach der Einschränkung des Rechtsschutzes durch die "Höllenfeuer"-Entscheidung weiterhin zahlreiche Stimmen, die sich gegen einen über die gesetzlichen Regelungen hinausgehenden Schutz des Unternehmens gegenüber gewerbeschädigenden Werturteilen wenden⁴⁾. Damit kann nicht von einem allgemeinen Rechtsgeltungswillen hinsichtlich eines Rechtsschutzes gesprochen werden, der unternehmensschädigende Äußerungen auch über die gesetzliche Regelung der §§ 823 Abs.2, 824, 826 BGB hinaus mit Unterlassungs- und Schadenersatzansprüchen sanktioniert.

1) BGHZ 45, 296 ff; dazu s.o. S. 17 ff.

2) So auch die Bedenken von Andresen, Warentest, S. 181 f.

3) s.o. S. 66 ff; dazu Esser, Festschrift für F.v.Hippel, S. 95 ff, 115.

4) Insbes. Kübler, AcP 172, S. 177 ff, 196; Andresen, Warentest, S. 231.

c. Ergebnis

Wie immer man auch das Verhältnis von Richterrecht und Gewohnheitsrecht beurteilt, so kann doch der von der Rechtsprechung entwickelte Rechtsschutz des Unternehmens durch Anerkennung eines Rechts am Gewerbebetrieb und speziell der Rechtsschutz gegen unternehmensschädigende Äußerungen nicht einfach durch den Verweis auf ein Gewohnheitsrecht legitimiert werden:

Entweder hält man mit Esser¹⁾ die Kategorie des Gewohnheitsrechts für das Phänomen des Richterrechts generell für ungeeignet oder man muß, wenn man der herkömmlichen Auffassung vom Erstarken eines Gerichtsgebrauches zum Gewohnheitsrecht folgt, die Existenz eines Gewohnheitsrechtssatzes im Bereich des Rechtsschutzes gegen unternehmensschädigende Äußerungen verneinen, weil die Voraussetzungen des Entstehens von Gewohnheitsrecht hier nicht angenommen werden könnten.

An der Frage der Zulässigkeit und den Grenzen der von der Rechtsprechung entwickelten Rechtsfortbildung kommt man deshalb nicht vorbei; der Verweis auf ein Gewohnheitsrecht kann die Beantwortung der Frage nach der Legitimation dieses Richterrechts nicht ersetzen²⁾.

4. Das Recht am Gewerbebetrieb als Akt richterlicher Rechtsfortbildung

a. Rechtsfortbildungsaufgabe der Rechtsprechung

Die grundsätzliche Befugnis der Gerichte zur Rechtsfortbildung wird heute allgemein anerkannt³⁾. Im Rahmen dieser Untersuchung kann nicht auf die rechtstheoretische und rechtsphilosophische Diskussion um die Legitimität von Richter-

1) Esser, Festschrift für F.v.Hippel, S. 95 ff.

2) Ebenso Buchner, Gewerbebetrieb, S. 25.

3) Larenz, Methodenlehre, S. 350 ff; Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil, §§ 58, 59, S. 336 ff; BVerfGE 3, 225 ff, 242; BGHZ 3, 308 ff, 315.

recht im einzelnen eingegangen werden. Nur soviel sei gesagt: Die Befugnis zur Fortbildung des Rechts wird heute immer mehr aus der Erkenntnis gefolgert, daß in jedem Akt richterlicher Gesetzesanwendung eine Rechtsbildung zu sehen ist¹⁾. Auch bei der scheinbar reinen Subsumtion konkretisiert der Richter aufgrund einer Wertung den Gehalt einer Norm und entscheidet sich demgemäß z.B. für eine Anwendung nach dem Wortlaut oder für eine erweiternde oder einschränkende Auslegung. Offenkundig wird diese rechtsschöpfende Tätigkeit wertender Beurteilung bei der Anwendung gesetzlicher Generalklauseln²⁾.

Sieht man schon in der subsumierenden Tätigkeit des Richters einen Akt der Rechtsbildung, so handelt es sich bei der Fortbildung des Rechts nicht um etwas davon qualitativ grundlegend Verschiedenes. Die Notwendigkeit zur Rechtsfortbildung ergibt sich aus der notwendigen Unvollkommenheit des Gesetzes, das nicht für alle möglichen Konfliktlagen Lösungen anbieten kann³⁾. Lücken können etwa auftreten, wo mögliche Konfliktlagen nicht gesehen wurden oder auch nicht gesehen werden konnten, weil sie erst durch spätere Veränderungen tatsächlicher Verhältnisse aufgetreten sind. Der Richter muß, da in einem Rechtsstaat eine Rechtsverweigerung nicht möglich ist, in diesen Fällen die Konfliktsentscheidung selbst treffen, d.h. wenn er sich auf das Gesetz nicht unmittelbar stützen kann, selbst die Entscheidungsregel bilden⁴⁾. Diese Tätigkeit unterscheidet sich von der "normalen" Aufgabe der Anwendung des Gesetzes nicht wesensmäßig, da jede richterliche Entscheidung von Wertungselementen getragen ist. Auslegung und Rechtsfortbildung sind damit nur zwei Stufen eines gedanklichen Verfahrens⁵⁾.

1) Esser, Grundsatz und Norm, S. 255; Larenz, Methodenlehre, S. 350 f; Buchner, Gewerbebetrieb, S. 34.

2) BVerfGE 3, 225 ff, 242; Buchner, Gewerbebetrieb, S. 34.

3) Larenz, Methodenlehre, S. 350 f.

4) Buchner, Gewerbebetrieb, S. 35.

5) Larenz, Methodenlehre, S. 350; Buchner, Gewerbebetrieb, S. 36; Merz, AcP 163, S. 305 ff, 333.

Deshalb bedarf die Befugnis zur Rechtsfortbildung an sich keiner besonderen positiven Begründung, sondern wie die Anwendung und Auslegung des Gesetzes gehört auch die Fortbildung des Rechts zu den ureigensten Aufgaben des Richters¹⁾ und folgt schon aus seinem Auftrag zur Rechtsprechung.

Bei dieser Sicht der Rechtsfortbildung als echter richterlicher Aufgabe zeigt sich Art. 20 Abs. 3 GG als eine Verdeutlichung dieser Befugnis und nicht als deren konstruktive Begründung²⁾. Wenn dort von der Bindung der Gerichte an Gesetz und Recht gesprochen wird, ist erkennbar, daß auch das Grundgesetz nicht von einer sklavischen Bindung des Richters an Gesetzeswortlaute ausgeht, sondern ihm auch eine Befugnis zu dessen Weiterentwicklung und Fortbildung im Rahmen des Rechts gibt. Im Einklang damit erkennt auch § 137 GVG die Fortbildung des Rechts als legitime Aufgabe der Rechtsprechung an.

b. Voraussetzungen und Grenzen der Rechtsfortbildung

Die Befugnis der Gerichte zur Rechtsfortbildung ist allerdings nicht schrankenlos. Die Rechtsprechung ist immer - wie Art. 20 Abs. 3 GG bestimmt - an Gesetz und Recht gebunden; insofern stellt sich Art. 20 Abs. 3 GG als eine verfassungsrechtliche Schranke der Freiheit des Richters in der Rechtsfindung dar³⁾.

Die Bindung an das Gesetz bedeutet zunächst, daß eine Rechtsfortbildung praeter legem dann unzulässig ist, wenn das Gesetz selbst erkennbar eine abschließende Regelung enthält, die einer ausweitenden Fortbildung nicht zugänglich ist. Davon kann aber nicht schon dann ausgegangen werden, wenn eine Materie überhaupt gesetzlich geregelt ist⁴⁾.

1) So auch BVerfGE 3, 225 ff, 242.

2) Buchner, Gewerbebetrieb, S. 43 f; demgegenüber verweist BGHZ 17, 266 ff, 276 auf Art. 20 Abs. 3 GG zur Begründung der Befugnis der Gerichte zur Rechtsfortbildung.

3) Buchner, Gewerbebetrieb, S. 47.

4) Ders., S. 49.

So ist auch das BGB trotz seines Charakters als umfassender Kodifizierung der bürgerlich-rechtlichen Rechtsverhältnisse nicht eine erschöpfende Regelung in diesem Sinne, sondern ist offen für eine rechtsfortbildende Tätigkeit der Gerichte, was in der Beratung der Kommission für die 2. Lesung des BGB auch herausgehoben wurde¹⁾.

aa. Entwicklungsfähigkeit des § 823 Abs. 1 BGB

Für den durch Rechtsfortbildung entwickelten Unternehmensschutz bleibt damit freilich die Frage, ob das System des Deliktsrechts ebenso offen ist, insbes. ob im Wege der Rechtsfortbildung im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB neben den echten absoluten Rechten auch andere Rechtspositionen als "sonstige Rechte" anerkannt werden können, wie es die Rechtsprechung mit dem Recht am Gewerbebetrieb getan hat.

Der Gesetzgeber hat sich im Bereich des Deliktsrechts für eine Verbindung von relativ bestimmten Tatbeständen (z.B. §§ 823 Abs. 1, 2, 824 BGB) mit einer Norm von generalklauselartiger Weite (§ 826 BGB) entschieden und damit nicht - wie andere Rechtssysteme - mit einer einzigen deliktsrechtlichen Generalklausel deren Ausfüllung Wissenschaft und Praxis gänzlich überlassen. Im Deliktsrecht des BGB scheint gerade die Generalklausel des § 826 mit dem Begriff der "guten Sitten"entwicklungsfähig; deshalb darf man annehmen, daß der Gesetzgeber gerade auch an dieser Stelle der Rechtsfortbildung Raum geben wollte²⁾.

Daraus darf aber nicht umgekehrt gefolgert werden, daß eine Rechtsfortbildung im Bereich des § 823 Abs. 1 BGB unzulässig sein sollte. Der Gesetzgeber hat sich zwar bei § 823 Abs. 1 BGB für eine enumerative Aufzählung geschützter Rechtsgüter entschieden. Bei einer solchen Gesetzgebungstechnik muß sich ein Gesetzgeber aber im Klaren darüber sein, daß sich eine einmal erfolgte Aufzählung im Wandel der Zeiten als erweiterungsbedürftig erweisen wird. Eine enumerative Regelung

1) Protokolle, Band VI, S. 362.

2) Deutsch, JZ 1968, 721 ff, 723.

ist daher nicht unbedingt als abschließend anzusehen, sondern bedeutet eher eine Normierung der dem Gesetzgeber in der damaligen Situation als regelungsbedürftig erschienenen Interessenkonflikte, ohne eine Weiterentwicklung ausschließen zu wollen¹⁾.

Daß der Gesetzgeber selbst trotz einer enumerativen Aufzählung einer Rechtsfortbildung im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB Raum geben wollte, zeigt schon die Verwendung des Begriffs des "sonstigen Rechts" in § 823 Abs. 1 BGB, der die Möglichkeit einer Weiterentwicklung der durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten Güter offen läßt. § 823 Abs. 1 BGB ist damit über den Begriff des "sonstigen Rechts" durchaus entwicklungsfähig²⁾. Das System des Deliktsrechts verbietet nicht die Anerkennung weiterer schützenswerter Rechtspositionen in Anlehnung an den Begriff des "sonstigen Rechts" in § 823 Abs. 1 BGB, sofern nur dadurch nicht systemwidrig wiederum eine Generalklausel geschaffen wird. Die Regelung des § 823 Abs. 1 BGB steht damit an sich einer rechtsfortbildenden Anerkennung des deliktischen Unternehmensschutzes nicht entgegen.

bb. Notwendigkeit einer Rechtsfortbildung

Das heißt aber noch nicht, daß der von der Rechtsprechung entwickelte Schutz im Ergebnis auch wirklich zu billigen ist. Richterrecht kann seinen Geltungsanspruch nur auf die methodisch richtige Fortbildung des Gesetzes stützen³⁾. Zur Anerkennung einer rechtsfortbildenden Konstruktion reicht nicht die Feststellung aus, eine bestimmte gesetzliche Regelung stehe einer Weiterentwicklung nicht entgegen, sondern eine als gelungen zu bezeichnende Rechtsfortbildung

1) Buchner, Gewerbebetrieb, S. 51.

2) Deutsch, JZ 1963, 385 ff, 388; v. Caemmerer, Festschrift für F.v. Hippel, S. 27 ff, 30 f; Reinhardt, JZ 1961, 713 ff, 715; Buchner, Gewerbebetrieb, S. 52.

3) Larenz, Methodenlehre, S. 354.

ist an weiteren methodischen Erfordernissen zu messen: Sie muß das Ergebnis methodisch geleiteter Erwägungen, "guter richterlicher Urteilskraft"¹⁾ sein. Auch das rechtsstaatliche Gebot der Rechtssicherheit verlangt eine Rechtsfortbildung, die als Ergebnis methodisch richtigen Urteilens angesehen werden kann²⁾. Dazu bedarf es, was die in Art. 20 Abs. 3 GG ausgesprochene Bindung des Richters an das Recht zum Ausdruck bringt, der Beachtung der sich aus der Verfassung und den Gesetzen ergebenden Wertmaßstäbe, die das Richtmaß der Rechtsfortbildung sein müssen³⁾. Der Richter darf nicht eigene Ordnungsvorstellungen an die Stelle der Wertungen der Rechtsordnung stellen⁴⁾. Ansonsten würde er seiner Bindung an das Recht, die gerade auch für die Aufgabe der Rechtsfortbildung maßgebend ist, nicht gerecht.

Anlaß für die Notwendigkeit einer Rechtsfortbildung praeter legem ist regelmäßig die Erkenntnis, daß für einen als regelungsbedürftig empfundenen Sachverhalt nur eine als nicht ausreichend anzusehende Regelung vorgefunden wird, sei es, daß eine Regelung lückenhaft ist oder überhaupt fehlt⁵⁾.

Auf unsere Fragestellung übertragen heißt das: Die Aufgabe einer Weiterentwicklung des deliktischen Unternehmensschutzes stellt sich dann, wenn die derzeit geltende gesetzliche Regelung dieses Bereiches als unzureichend zu bezeichnen ist, wenn also die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs eine Fortentwicklung des Unternehmensschutzes fordern.

Das von Larenz aufgestellte Erfordernis eines Rechtsnotstandes⁶⁾ als Voraussetzung einer Rechtsfortbildung erscheint

1) Buchner, Gewerbebetrieb, S. 56; Reinhardt in Reinhardt-König, Richter und Rechtsfindung, S. 28 f.

2) Buchner, Gewerbebetrieb, S. 55 f.

3) Westermann, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilprozeß, S. 8; Merz, AcP 163, S. 305 ff, 333; Larenz, Methodenlehre, S. 420.

4) Buchner, Gewerbebetrieb, S. 53.

5) Zur Feststellung von Gesetzeslücken vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 354 ff; Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 16 ff.

6) Larenz, Methodenlehre, S. 419.

dagegen zu streng. Anerkennt man die Tätigkeit des Richters als Bildung von Entscheidungsregeln, wobei auch die Anwendung des Gesetzes selbst einen Akt der Rechtsfindung darstellt, so sollte man die davon nicht wesensmäßig verschiedene Tätigkeit der Fortbildung des Rechts nicht allzu strengen Erfordernissen unterwerfen. Rechtsfortbildung ist deshalb zuzulassen, wenn sie rechtspolitisch gefordert ist, d.h. für einen angemessenen Interessenausgleich notwendig ist, wenn also in einer schutzbedürftigen Situation eine als unzulänglich erkannte gesetzliche Regelung wesentlichen Rechtsschutzbedürfnissen nicht gerecht wird¹⁾.

Die Weiterentwicklung des deliktischen Unternehmensschutzes ist deshalb für die Gerichte ein berechtigtes und notwendiges Anliegen, wenn das Unternehmen zum einen allgemein als schützenswertes Gut angesehen werden kann und wenn es zum anderen angesichts der bestehenden gesetzlichen Regelungen eines weitergehenden Schutzes bedarf, wenn also derzeit wesentliche Rechtsschutzdefizite bestehen.

(1) Schutzwürdigkeit des Unternehmens

Was zunächst die allgemeine Schutzwürdigkeit des Unternehmens betrifft, so wurde oben schon dargestellt²⁾, welche besonderen über den Wert der einzelnen Gegenstände hinausgehenden Werte das Unternehmen erarbeitet, die es in seinem Wesen überhaupt auch erst begreiflich machen³⁾. Das Unternehmen als wirtschaftliches Ganzes mit den von ihm geschaffenen materiellen und immateriellen Werten, mit seiner eingespielten Organisation, mit dem von ihm errungenen "good will" und seinem geschäftlichen Ruf kann nicht nur als ökonomisches Phänomen angesehen werden, sondern das Erkennen dieser Werte darf auch von der Rechtsordnung nicht ignoriert werden.

1) Buchner, Gewerbebetrieb, S. 246 f; ders., DB 1979, 1069; Esser, Grundsatz und Norm, S. 242 ff; Coing, JZ 1958, 558 ff, 560.

2) s.o. S. 56 ff.

3) Grundlegend dazu Hubmann, ZHR 117, 41 ff.

Folgerichtig hat auch die Rechtsprechung schon von jeher die Schutzwürdigkeit des Unternehmens als der "gegenständlichen Verkörperung" der durch die unternehmerische Betätigung geschaffenen Werte¹⁾ anerkannt und den Rechtsschutz mit der Sicherung der im Geschäftsunternehmen verkörpertten Werte begründet²⁾. Der Schutz des Unternehmens und der von ihm geschaffenen Werte ist damit ein berechtigtes Anliegen der Rechtsordnung.

Die Erkenntnis der Schutzwürdigkeit des Unternehmens ist auch sonst unserer Rechtsordnung nicht fremd. Mit dem Gebot, bei der Rechtsfortbildung die Wertmaßstäbe der Rechtsordnung zu beachten³⁾, kommt man hier nicht in Konflikt. Es kann auf zahlreiche gesetzliche Bestimmungen verwiesen werden, die ebenfalls das Ziel der Erhaltung der im Unternehmen verkörpertten Werte im Auge haben. So soll z.B. die Regelung des § 142 HGB⁴⁾ verhindern, daß die erarbeiteten wirtschaftlichen Werte des Unternehmens zerschlagen werden⁵⁾.

Die Fortentwicklung des Unternehmensschutzes entspricht deshalb durchaus den Wertungen der Rechtsordnung. Zwar haben die Erwägungen zur Schutzwürdigkeit der Unternehmensorganisation nicht ausgereicht, im Unternehmen ein absolutes sonstiges Recht zu sehen, da die an ein subjektives Recht zu stellenden Erfordernisse nicht erfüllt sind⁶⁾. Das heißt aber andererseits nicht, daß das Unternehmen nicht als schützenswertes Gut Rechtsschutz genießen kann⁷⁾. Die Gewährung von Rechtsschutz ist eben nicht von der Anerkennung als subjektives Recht abhängig⁸⁾.

1) Grundlegend RGZ 58, 24 ff, 30.

2) So z.B. BGHZ 24, 200 ff, 206.

3) s.o. S. 76 f.

4) Es kann auch auf §§ 138, 141, 144 HGB verwiesen werden; der Erhaltung des "good will" dienen z.B. §§ 22 HGB, 8 WZG.

5) Müller-Erzbach, ZHR 61, 357 ff, 374 ff.

6) s.o. S. 53 ff.

7) Baumbach-Hefermehl, Allg., Rdn. 113: Das Unternehmen ist Schutzobjekt, wenn auch nicht Herrschaftsobjekt.

8) So Raiser in summum ius summa iniuria, S. 145 ff, 154 f.

Verschiedentlich wird gegen eine Weiterentwicklung des Unternehmensschutzes geltend gemacht, sie stehe mit den Wertmaßstäben unserer Rechtsordnung insofern in Widerspruch, als sie mit den Grundsätzen der Wirtschaftsverfassung, insbes. der Wettbewerbsordnung, nicht vereinbar sei¹⁾. Betrachtet man diese Einwände näher, erkennt man aber, daß sie sich in erster Linie dagegen richten, im Recht am Gewerbebetrieb ein absolutes subjektives Recht zu sehen²⁾. Eine derartige Rechtsposition kann dem Unternehmen in der Tat in einer marktwirtschaftlichen Ordnung nicht zukommen³⁾. Erwägt man dagegen nur, ob das Unternehmen in einzelnen Bereichen gegen bestimmte Eingriffe und Behinderungen geschützt werden soll, ohne ein umfassendes Recht daran zu konstruieren, dürften die aus den Wertmaßstäben der Wirtschaftsordnung abgeleiteten Bedenken gegenstandslos werden. Ein derartiger Rechtsschutz im Sinne eines Abwehrrechts beschränkt den für die Wettbewerbswirtschaft grundlegenden freien Zugang zum Markt nicht, sondern schränkt nur die allgemeine Handlungsfreiheit aller Dritter in engen Grenzen ein, wenn z.B. bestimmte geschäftsschädigende Werturteile schadenersatzpflichtig machen. Eine solche Beschränkung ist jedoch durch die Erkenntnis der grundsätzlichen Schutzwürdigkeit des Unternehmens gedeckt⁴⁾, vorausgesetzt, daß bei der Formulierung der verbotenen Verhaltensweisen die verfassungsrechtlichen Wertmaßstäbe wie z.B. des Art. 5 GG Beachtung finden.

Auf die weiterhin geäußerten Bedenken, daß der Unternehmensschutz nur den etablierten, nicht aber auch den potentiellen Unternehmern, den Newcomern am Markt, zukommen soll⁵⁾, braucht im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen zu werden. Die Feststellung der Schutzwürdigkeit bestehender

1) Raiser, JZ 1961, 465 ff, 469; Wiethölter, KJ 1970, 121 ff, 126; Katzenberger, Das Recht am Unternehmen und unlauterer Wettbewerb, S. 45; Ramm, AuR 1964, 321 ff, 328; Völz, WuW 1959, 89 ff, 97 f.

2) So insbes. Raiser, JZ 1961, 465 ff, 469.

3) Vgl. o. S. 55 ff.

4) So auch Buchner, Gewerbebetrieb, S. 246.

5) z.B. Fikentscher, Festgabe für Kronstein, S. 261 ff, 281 ff.

Unternehmen rechtfertigt eine Weiterentwicklung des sie betreffenden Rechtsschutzes unabhängig davon, ob auch der Rechtsschutz potentieller Unternehmer weiterentwickelt werden sollte; deren Schutzwürdigkeit und -bedürftigkeit wäre gesondert nachzugehen¹⁾.

Auch die Argumentation, der von der Rechtsprechung entwickelte Unternehmensschutz bevorzuge einseitig gewerbliche Interessen gegenüber den Interessen anderer Personengruppen, etwa der Arbeitnehmer²⁾ oder der Verbraucher³⁾, vermag im Ergebnis nicht zu überzeugen. Die besondere Schutzwürdigkeit der im Unternehmen verkörperten Werte entfielen nämlich nicht dadurch, daß auch andere Interessen Schutz verdienten. Wo sich allerdings im Einzelfall ein Konflikt zwischen Unternehmensinteressen und Interessen etwa der Verbraucher ergibt, darf der Unternehmensschutz nicht einseitig und ohne angemessene Berücksichtigung der entgegenstehenden Belange gewährt werden⁴⁾; auf dieses Abwägungsproblem wird aber noch zurückzukommen sein.

(2) Schutzbedürftigkeit des Unternehmens

Die Bejahung der generellen Schutzwürdigkeit des Unternehmens beinhaltet noch keine tragfähige Grundlage für die Anerkennung einer Rechtsfortbildung. Entscheidendes Erfordernis ist ein dringendes rechtspolitisches Bedürfnis für eine Weiterentwicklung des Unternehmensschutzes⁵⁾, die Frage also, ob der gegenwärtige Rechtszustand derart unzureichend ist, daß die Notwendigkeit für eine Rechtsfortbildung besteht oder ob die bestehenden Gesetze einen ausreichenden Unternehmensschutz gewährleisten.

1) Einen derartigen Schutz verneint die h.M.: BGH NJW 1969, 1207; Baumbach-Hefermehl, Allg., Rdn. 117; Buchner, Gewerbebetrieb, S. 248 ff; a.A. etwa Fikentscher, Festgabe für Kronstein, S. 261 ff, 281 ff.

2) So z.B. Wiethölter, KJ 1970, 121 ff, 124 ff.

3) So Reuß, AcP 156, S. 89 ff, 94.

4) Buchner, Gewerbebetrieb, S. 250.

5) Vgl. o. S. 77 f.

Dabei kann die Frage nicht pauschal dahingehend gestellt werden, ob ein Bedürfnis zur Konstruktion eines Rechts am Gewerbebetrieb bestand. Da Ausgangspunkt für eine Rechtsfortbildung immer die Einzelfallentscheidung ist, also eine bestimmte Konfliktslage, für die keine ausreichende Regelung und kein befriedigendes Instrumentarium vorgefunden wird, der Richter also eine Entscheidungsregel entsprechend den Wertungen der Rechtsordnung selbst bilden muß¹⁾, kann bei der Frage nach dem Bedürfnis für eine Rechtsfortbildung auch nur an diesen einzelnen, eine Lösung fordernden Konfliktslagen angesetzt werden. Für den Bereich des Unternehmensschutzes hat sich dabei eine Reihe von schon tatbestandsmäßig verfestigten Fallgruppen herausgebildet²⁾, an Hand derer die Notwendigkeit einer Weiterentwicklung des Unternehmensschutzes nachgewiesen werden müßte.

Hier soll - entsprechend der Themenstellung der Arbeit - nur für die Fallgruppe der unternehmensschädigenden Äußerungen³⁾ der Frage nachgegangen werden, ob die bestehende Gesetzeslage befriedigende Lösungsmöglichkeiten für diese Konfliktsfälle bietet und den Unternehmen einen angemessenen Schutz gewährt oder ob ein Bedürfnis für eine Weiterentwicklung des Unternehmensschutzes in diesem Bereich besteht.

Der vom Gesetz gewährte Rechtsschutz des Unternehmens läßt sich wie folgt kurz umreißen⁴⁾: § 824 BGB schützt das Unternehmen nur gegen unwahre Tatsachenbehauptungen. Weitergehend werden von § 826 BGB zwar auch Werturteile erfaßt; durch das Vorsatzerfordernis und die Voraussetzung des Verstosses gegen die guten Sitten hat § 826 BGB aber nur einen stark eingeschränkten Anwendungsbereich. Gerade wegen des Kriteriums

1) Vgl. dazu o. S. 72 ff.

2) Auf die einzelnen Fallgruppen geht Buchner, Gewerbebetrieb, S. 135 ff ausführlich ein.

3) Diese ist eine der bedeutendsten für den deliktischen Unternehmensschutz: vgl. Larenz, SchuldR. BT, § 72 III b, S. 634; Baumbach-Hefermehl, Allg., Rdn. 132; Buchner, Gewerbebetrieb, S. 210 ff.

4) Zur gesetzlichen Ausgangssituation vgl. Kübler, AcP 172, S. 177 ff, 179 f; Andresen, Warentest, S. 59.

der Sittenwidrigkeit kann auf § 826 BGB nach herkömmlicher Auslegung¹⁾ nur in Ausnahmefällen zurückgegriffen werden²⁾. Der auf den persönlichen Ehrschutz hinzielende Rechtsschutz aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. den strafrechtlichen Beleidigungsvorschriften (§§ 185 ff StGB) ist wegen seines individuellen Ansatzes für den Unternehmensschutz, nämlich den Schutz des geschäftlichen Ansehens des Unternehmens und des Rufs seiner gewerblichen Leistungen, direkt kaum nutzbar zu machen, worauf aber noch näher einzugehen sein wird.

Auch die vereinzelt in der Literatur gemachten Versuche, den Unternehmensschutz unter dem Hinweis auf die hinter dem Unternehmen stehende Unternehmerpersönlichkeit aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht herzuleiten³⁾ und so die Entwicklung eines speziellen Unternehmensschutzes überflüssig zu machen, vermögen nicht weiterzuhelfen. Zum einen handelt es sich beim Persönlichkeitsrecht selbst wie beim Recht am Unternehmen um eine rechtsfortbildende Ausdehnung des Deliktsrechts durch die Rechtsprechung, so daß sich mit der Ersetzung einer Generalklausel durch die andere keine grössere Sicherheit und Praktikabilität bei der Rechtsanwendung erreichen läßt⁴⁾. Zum anderen erscheint aber auch sachlich der Persönlichkeitsschutz nicht der richtige Ansatzpunkt für die Entwicklung eines angemessenen Unternehmensschutzes, auch wenn zwischen beiden durchaus Verbindungslinien be-

-
- 1) Nach der überkommenen Formel der Rechtsprechung bedarf es eines Verhaltens, das "gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" verstößt: RGZ 48, 114 ff, 124; zum Problem der Auslegung dieser Generalklausel Larenz, Allgem. Teil, § 22 III, S. 396 ff und SchuldR. BT, § 72 IV, S. 637 f.
 - 2) Eine eigenständige Bedeutung erhält § 826 BGB aber nach der Ansicht Küblers, AcP 172, S. 177 ff, 196 ff, wenn er darin den Ausdruck einer Fairneßregel erblickt.
 - 3) Helle, Der Schutz der Persönlichkeit, der Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht, S. 79 f; Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil, § 133 IV, S. 852; Küster, Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit, S. 7; Wenzel, Recht der Wort- und Bildberichterstattung, Rdn. 3.109 ff, S. 104.
 - 4) v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 52.

stehen¹⁾. Beim Unternehmensschutz geht es auch im Bereich des Schutzes des geschäftlichen Ansehens nämlich der Sache nach letztlich um Vermögens- und nicht um Persönlichkeitschutz, um den Schutz materieller Werte und Interessen, der mit der Kategorie des Persönlichkeitsrechts nicht zutreffend erfaßt wäre²⁾.

Den gleichen Bedenken unterliegen auch die Vorschläge, den Begriff der "Freiheit" in § 823 Abs. 1 BGB entgegen der herrsch. Ansicht ausdehnend zu interpretieren und in unternehmensschädigenden Handlungen Eingriffe in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit zu sehen³⁾.

Somit ergibt sich: Der gesetzlich geregelte Rechtsschutz des Unternehmens ist keinesfalls lückenlos. Insbes. vorsätzliche, aber nicht als sittenwidrig zu bezeichnende sowie fahrlässige geschäftsschädigende Werturteile bleiben nach der Regelung des Deliktsrechts sanktionslos. Der Schaden aufgrund solcher Verhaltensweisen ist vom Unternehmen grundsätzlich hinzunehmen.

Auch wenn eine Schadensverlagerung auf den schädigenden Dritten mithin gesetzlich nicht angeordnet ist, ist eine andere Schadensverteilung aber nicht ausgeschlossen, da die Schadenersatzvorschriften - wie gesehen⁴⁾ - einer richterlichen Fortbildung durchaus offen stehen. Der tragende Gesichtspunkt für eine Rechtsfortbildung ist dabei der Ausgleichsgedanke, der als rechtsethisches Prinzip unser gesamtes Schadenersatzrecht beherrscht⁵⁾. Erweist sich der Ausgleich

1) Zum persönlichkeitsrechtlichen Einschlag beim Unternehmensschutz vgl. Hubmann, ZHR 117, 41 ff; ders., Das Persönlichkeitsrecht, § 23, S. 190 ff.

2) Ebenso Kübler, AcP 172, S. 177 ff, 196; Andresen, Waren-test, S. 194 ff; v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 51 ff; Fikentscher, Festgabe für Kronstein, S. 261 ff, 274, 282.

3) Wolf, Festschrift für F.v.Hippel, S. 665 ff, 683 ff; ihm folgend Leinemann, AuR 1970, 289 ff, 297 ff.

4) s.o. S. 75 ff.

5) Buchner, Gewerbebetrieb, S. 252. Zur Rechtsfortbildung aufgrund rechtsethischer Prinzipien Larenz, Methodenlehre, S. 410 ff; zum Ausgleichszweck Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, S. 95 ff.

eines Schadens als dringend notwendig, so ist er auch gemäß den Wertungen der Rechtsordnung, wenn nicht gesetzlich angeordnet, so durch Fortentwicklung des Rechts zu gewähren, wobei letztlich natürlich Zumutbarkeits- und Billigkeitserwägungen entscheiden¹⁾.

Die grundsätzliche Schutzbedürftigkeit des Unternehmens gegen die vom Gesetz nicht erfaßten schädigenden Werturteile wird großteils auch anerkannt. Die Rechtsprechung, zumindest die des BGH, gewährt den Unternehmen seit der "Constanze"-Entscheidung²⁾ einen derartigen Rechtsschutz. Auch die Literatur bejaht überwiegend ein Schutzbedürfnis und damit die Befugnis zur Lückenausfüllung durch Rechtsfortbildung, ungeachtet allen dogmatischen Streits um die Rechtsfigur des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb³⁾.

In der Tat erscheint ein Schutz des Unternehmens gegen schädigende Äußerungen, ob nun Tatsachenbehauptungen oder Werturteile, grundsätzlich billig und notwendig, wobei zunächst noch außer Acht gelassen werden soll, wo die Grenzlinie zwischen zulässiger und unzulässiger Kritik zu ziehen ist, wie also der Interessenausgleich zwischen Kritiker und kritisiertem Unternehmen zu erfolgen hat. Die Schädigung des Ansehens des Unternehmens und seiner gewerblichen Leistungen sollte unabhängig von der Art der schädigenden Handlungsweise bei Vorliegen bestimmter, im einzelnen noch herauszuarbeitender, Voraussetzungen sanktioniert werden können. Die durch § 824 BGB getroffene gesetzliche Unterscheidung zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen wird dem Schutzbedürfnis des Unternehmens jedenfalls nicht gerecht.

1) Buchner, Gewerbebetrieb, S. 252.

2) BGHZ 3, 270 ff; auch die späteren Modifikationen der Rspr., insbes. durch BGHZ 45, 296 ff ("Höllenfeuer") ändern an der grundsätzlichen Rechtsschutzgewährung nichts.

3) Etwa Esser, SchuldR. BT, § 107 II 2 c, S. 405 ff; v. Caemmerer, Festschrift für F.v. Hippel, S. 27 ff, 28; Buchner, Gewerbebetrieb, S. 246 ff.

Dies hatte auch der Referentenentwurf zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften aus dem Jahre 1967 anerkannt, wenn er schädigende Werturteile in die Regelung des § 824 BGB einbezogen wissen wollte¹⁾.

Die Weiterentwicklung des Unternehmensschutzes sollte insgesamt den Anspruch des Unternehmens verdeutlichen, daß das Bild, das sich Dritte aufgrund der Dynamik unternehmerischer Leistung von dem Unternehmen machen, nicht verfälscht wird²⁾. Auch wenn die Schutzbedürftigkeit des Unternehmens gegen schädigende Äußerungen schon sehr früh erkannt wurde, so wird sie unter den heutigen Bedingungen der technischen Entwicklung und insbes. der Verbreitung der Massenkommunikationsmittel um so deutlicher, wenn man z.B. an die weitverbreiteten Warentests oder die Kritiken in Fernsehen und Presse denkt³⁾. Gerade auch dieses erhöhte Schädigungspotential⁴⁾ verweist auf die Notwendigkeit eines verstärkten Integritätsschutzes beim Unternehmen, der im Wege der Rechtsfortbildung zu leisten ist.

Zusammenfassend läßt sich also sagen, daß das Unternehmen vom geltenden Deliktsrecht nur unzureichend gegen Schädigungen seines wirtschaftlichen Rufes geschützt wird. Beim Unternehmen handelt es sich damit um ein schutzwürdiges und auch schutzbedürftiges Gut, so daß die Weiterentwicklung des Unternehmensschutzes durch Fortbildung des Deliktsrechts ein berechtigtes Anliegen der Rechtsordnung ist.

cc. Methodik der Rechtsfortbildung

Daraus kann aber noch nicht geschlossen werden, daß der Rechtsprechung auch in ihrem Weg, den erweiterten Rechts-

1) Referentenentwurf, S. 3, 64 ff.

2) So Reinhardt, Karlsruher Forum 1961, S. 3 ff, 12.

3) Buchner, Gewerbebetrieb, S. 251.

4) Dazu Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, S. 105.

schutz des Unternehmens durch ein in Anlehnung an die absoluten sonstigen Rechte des § 823 Abs. 1 BGB geschaffenes subjektives Recht am Gewerbebetrieb zu gewähren, zu folgen ist. Die Frage des methodischen Weges, des Anknüpfungspunktes für die Rechtsfortbildung, ist also das letzte entscheidende Problem bei der Weiterentwicklung des deliktischen Unternehmensschutzes.

Zwar wurde schon festgestellt, daß § 823 Abs. 1 BGB über den Begriff des "sonstigen Rechts" durchaus entwicklungsfähig ist und Ansatzpunkt für eine Rechtsfortbildung sein kann¹⁾, jedoch bedeutet das nicht, daß jede aus § 823 Abs. 1 BGB abgeleitete Rechtsfortbildung auch gebilligt werden kann.

Richterrecht stützt seinen Geltungsanspruch auf die methodische Richtigkeit der Auslegung und Fortbildung des Rechts²⁾. Es kann deshalb nur Anerkennung finden, wenn für bestimmte Konfliktslagen sachlich befriedigende interessen-gerechte Lösungen gefunden werden und diese Ergebnisse auf einer methodisch richtigen Fortbildung des Rechts beruhen. Eine Rechtsfortbildung kann deshalb nur dann als gelungen bezeichnet werden, wenn sie sich bruchlos in das Sinnganze der Rechtsordnung einfügt, d.h. den Zusammenhang mit den bestehenden Regelungen und deren dogmatisches Verständnis wahrt und sich an bereits anerkannte Grundsätze und Norminhalte anschließt³⁾. Eine derartige methodisch geglückte Rechtsfortbildung, die nicht das Normengefüge sprengt, dient der inneren Einheit der Rechtsordnung und ermöglicht eine Kontrolle der rechtsfortbildenden Arbeit der Gerichte⁴⁾. Die Systemgerechtigkeit der Rechtsfortbildung entspringt dabei schon der Bindung des Richters an das Recht und vermag einen erheblichen Beitrag zur Rechtssicherheit

1) s.o. S. 75 f.

2) Larenz, Methodenlehre, S. 424; Esser, Festschrift für F.v.Hippel, S. 95 ff, 115.

3) Larenz, Methodenlehre, S. 420; ders., Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, S. 7, 11.

4) Ders., Methodenlehre, S. 420.

leisten¹⁾. Auch die Rechtsprechung selbst betont die Bindung der Gerichte an das Rechtssystem und hat aus diesem Grund eine Befugnis der Gerichte zur Umgestaltung der gesetzlichen Haftungsgrundlagen des Deliktsrechts verneint²⁾.

Mißt man nun den von der Rechtsprechung mittels des sog. Rechts am Gewerbebetrieb weiterentwickelten Unternehmensschutz am Erfordernis der Systemgerechtigkeit, so fällt zunächst auf, daß sich die vielfältige Kritik in der Literatur weniger auf die inhaltlichen Ergebnisse der Rechtsprechung bezieht, sondern auf den von ihr eingeschlagenen Weg, nämlich die an § 823 Abs. 1 BGB angelehnte Konstruktion eines subjektiven Rechts am Gewerbebetrieb. Ein Großteil des Schrifttums befürwortet für die gebotene Rechtsfortbildung deshalb einen anderen Ansatzpunkt, sei es § 826 oder § 823 Abs. 2 BGB³⁾.

Dazu ist jedoch zunächst zu sagen, daß der formale Ausgangspunkt für eine Rechtsfortbildung letztlich für die materielle Entscheidungsfindung nicht ausschlaggebend ist. Die Frage, ob im Einzelfall gewerbliche Interessen in zulässiger oder unzulässiger Weise beeinträchtigt werden, kann immer nur nach Abwägung der widerstreitenden Interessen beantwortet werden, gleich ob man nun § 823 Abs. 1 BGB oder § 823 Abs. 2 oder § 826 BGB als Anknüpfungspunkt für die Beurteilung wählt⁴⁾. Gleichwohl kann aber nur die methodisch richtige, systemgerechte Rechtsfortbildung auch als geglückt bezeichnet werden.

Die Kritik des Schrifttums an der Ableitung des Unternehmensschutzes aus § 823 Abs. 1 BGB erweist sich als berechtigt, wenn man näher betrachtet, worum es bei der Weiterentwicklung des Unternehmensschutzes eigentlich geht.

1) Buchner, Gewerbebetrieb, S. 57.

2) BGHZ 7, 30 ff, 36.

3) Zum Meinungsstand im Schrifttum vgl. o. S. 27 ff.

4) Buchner, Gewerbebetrieb, S. 252 ff; Kübler in Haftung der Massenmedien, S. 123 ff, 141.

Anlaß für die Rechtsfortbildung im Bereich des Unternehmensschutzes ist die Erkenntnis, daß das Unternehmen gegen bestimmte schädigende Verhaltensweisen nur unzureichend geschützt wird, es aber als schützenswert erscheint. Damit ergibt sich die Aufgabe, bestimmte als unzulässig erachtete unternehmensschädigende Handlungsweisen mit Abwehr- und Schadenersatzansprüchen zu sanktionieren. Über dieses gebotene Ziel, für einzelne Fälle bzw. Fallgruppen Rechtsschutz zu gewähren, ist die Rechtsprechung aber mit der Konstruktion eines generalklauselartigen Rechts am Gewerbebetrieb, über dessen Schutzbereich zwangsläufig Unsicherheit entstehen mußte, weit hinausgegangen¹⁾. Daß mit dieser Konstruktion das System der Deliktstatbestände eigentlich gesprengt wurde²⁾ und ein Fremdkörper in das System der subjektiven Rechte eingeführt worden ist³⁾, zeigen auch die Bemühungen, das zunächst umfassend formulierte Recht wieder auf seinen eigentlichen Schutzbereich zurückführen zu müssen⁴⁾, wie z.B. bei der Rechtsprechung des RG durch das Bestandsschutzerfordernis und beim BGH durch die Haftungseinschränkung mit dem Merkmal der Betriebsbezogenheit.

Ebenso tauchen aufgrund der Institutionalisierung eines subjektiven Rechts am Gewerbebetrieb - genau wie beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht, das die Rechtsprechung in gleicher methodischer Weise als generalklauselartiges Recht geschaffen hat - Schwierigkeiten hinsichtlich des Verhältnisses von Tatbestand und Rechtswidrigkeit auf, denn anders als bei den "klassischen" Rechten des § 823 Abs. 1 BGB kann bei diesen generalklauselartigen Rechten

1) Zu dieser Vorgehensweise der Rspr. vgl. auch Buchner, Gewerbebetrieb, S. 257; Schmiedel, Deliktsoobligationen, S. 38. Die Unzulässigkeit, den Begriff des "sonstigen Rechts" zu einer Generalklausel zu entwickeln, begründet Ramm, JZ 1972, 137 ff, 141 mit der Bedeutung der dadurch eingeschränkten allgemeinen Handlungsfreiheit.

2) Deutsch, JZ 1963, 385 ff, 386; v.Caemmerer, Festschrift DJT, S. 49 ff, 69.

3) So Larenz, SchuldR. BT, § 72 III b, S. 632.

4) Rüdig, ZHR 138, S. 569 ff, 571.

nicht jede Beeinträchtigung schon als indiziell rechtswidrig bezeichnet werden, sondern zur Feststellung der Rechtswidrigkeit bedarf es einer sozialen Wertung des schädigenden Verhaltens und einer Abwägung der kollidierenden Interessen¹⁾. Innerhalb des § 823 Abs. 1 BGB sind danach zwei Arten von Rechten zu unterscheiden, die auch methodisch verschiedenen Regeln folgen²⁾.

Damit ist das Kennzeichnende einer gelungenen Rechtsfortbildung, die Einpassung in das vorhandene Normengefüge ohne unnötige Friktionen, bei der Konstruktion des Rechts am Gewerbebetrieb gerade nicht nachweisbar. Angesichts der Aufgabe, die sich für die Rechtsfortbildung stellte, nämlich bei einzelnen als unzulässig erachteten Fällen oder Fallgruppen von unternehmensschädigenden Verhaltensweisen Rechtsschutz zu gewähren, erscheint die Konstruktion eines generalklauselartigen Rechts in Anlehnung an die subjektiven Rechte des § 823 Abs. 1 BGB als methodisch verfehlt und damit der von der Rechtsprechung gewählte Weg für die - an sich gebotene - Rechtsfortbildung als nicht geglückt.

Allerdings erhebt sich die Frage, ob diese negative Wertung, die sich in erster Linie gegen den Ausgangspunkt der erfolgten Rechtsfortbildung richtet, nicht aufgrund der jahrzehntelangen Rechtsprechung einer geänderten Betrachtung unterzogen werden sollte. In der Tat lassen sich beachtliche Gründe dafür anführen, die an sich berechtigten methodischen Bedenken zurückzustellen und der Rechtsprechung auch in ihrem dogmatischen Weg zu folgen. Zum einen haben sich im Laufe der jahrelangen Rechtsprechung zum Unternehmensschutz relativ feste Fallgruppen und tatbestandliche Regeln herausgebildet, die den Schutzbereich des an sich zu weit formulierten generalklauselartigen Rechts am Gewerbebetrieb näher konkretisieren³⁾. Zum anderen kommt die Rechtsprechung

1) Allgem. Ansicht seit BGHZ 45, 296 ff, 303 ("Höllengefeuer"); vgl. auch Fikentscher, Festgabe für Kronstein, S. 261 ff, 274 f; Larenz, SchuldR. BT, § 72 III b, S. 633 f.

2) Daß dies systematisch unbefriedigend ist, betont Preusche, Unternehmensschutz, S. 52 f.

3) Buchner, Gewerbebetrieb, S. 257.

im jeweiligen Einzelfall dadurch, daß sie zur Feststellung der Rechtswidrigkeit eines beanstandeten Verhaltens sorgfältig die Interessen der Beteiligten abzuwägen sucht, durchaus auch zu brauchbaren Ergebnissen, was aber an dieser Stelle noch nicht näher belegt werden soll. Schließlich und endlich hat sich die Rechtsprechung des BGH bei den Instanzgerichten und einem großen Teil der Literatur durchgesetzt, was der Kontinuität der Rechtsprechung und damit auch der Rechtssicherheit dienlich ist, wenn auch immer wieder dogmatische Bedenken geäußert werden. Angesichts dessen spricht vieles dafür, den dogmatischen Widerstand aufzugeben und sich auch in der Lehre allein darauf zu konzentrieren, die Rechtsfortbildung im Bereich des Unternehmensschutzes unter Anerkennung des methodischen Ausgangspunktes der Rechtsprechung weiter zu stabilisieren¹⁾.

Allerdings entspricht es der Aufgabe der Wissenschaft, verfehlte Ansätze in der Rechtsprechung zu kritisieren und im Interesse der Methodenehrlichkeit²⁾ überzeugendere Wege zu weisen. Auch wenn derzeit keine konkrete Aussicht besteht, daß in der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf die Konstruktion des Rechts am Gewerbebetrieb verzichtet wird, sollte deshalb der berechtigte Widerstand nicht aufgegeben werden. Als Langzeitwirkung angesichts stets geäußerter dogmatischer Bedenken erscheint es jedenfalls nicht ausgeschlossen, daß die Gerichte, wie es v.Caemmerer ausgedrückt hat, "eines Tages die benutzte Krücke beiseitewerfen und die Fiktion eines absoluten Rechts am Gewerbebetrieb aufgeben"³⁾.

Entscheidend bleibt, daß die Ableitung des Unternehmensschutzes in Anlehnung an die "sonstigen Rechte" des § 823 Abs. 1 BGB das Haftungssystem im Deliktsrecht sprengt. Wo es darum geht, einzelne unternehmensschädigende Verhaltens-

1) In diesem Sinne, wenn auch nicht ohne resignativen Unterton, etwa Schmiedel, Deliktsobligationen, S. 38 f und Esser-Weyers, SchuldR. BT, Teilbd.2, § 55 I 2 c, S. 144 f.

2) Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S.467, Fn. 19.

3) v.Caemmerer, Festschrift für Rabel, S. 333 ff, 400.

weisen mit Unterlassungs- und Schadenersatzpflichten zu belegen, im Ergebnis also Verhaltensnormen, Verkehrspflichten herauszubilden und zu konkretisieren, ist die Konstruktion eines subjektiven Rechts am Unternehmen zumindest mißverständlich. Mag die höchstrichterliche Rechtsprechung auch die Problematik der derzeit relevanten Fallgruppen im Ergebnis beherrschen, so können aber jederzeit bei neu auftauchenden Problemfällen aufgrund des falschen Ansatzpunktes Fehlschlüsse auftreten, die zu vermeiden wären, würde man auch methodisch sich auf die Aufgabe der Herausbildung von Verhaltensanforderungen konzentrieren und die Fiktion eines subjektiven Rechts am Unternehmen aufgeben. Durch die Anlehnung der Rechtsfortbildung an § 823 Abs. 1 BGB findet entgegen der Ansicht Buchners¹⁾ gerade nicht die Systematik des Haftungsrechts bestmögliche Berücksichtigung. Das Recht am Gewerbebetrieb fügt sich eben nicht bruchlos in das Ganze der Rechtsordnung ein. Die Konstruktion des Rechts am Gewerbebetrieb führt vielmehr zu Unstimmigkeiten, die leicht Fehlschlüsse verursachen können. Sie zu vermeiden oder zu berichtigen, ist aber gerade Aufgabe wissenschaftlicher Arbeit am Begriff und am System.

c. Ergebnis

Die von der Rechtsprechung zur Gewährleistung eines effektiven Unternehmensschutzes aus § 823 Abs. 1 BGB entwickelte Figur eines Rechts am Gewerbebetrieb ist methodisch verfehlt. Die sich dagegen erhebenden Bedenken sind so schwerwiegend, daß diesem Weg der Rechtsfortbildung nicht gefolgt werden kann.

Beim sog. Recht am Gewerbebetrieb handelt es sich weder um ein "sonstiges Recht" i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB noch kann es als gewohnheitsrechtlich verfestigt oder als Akt richterlicher Rechtsfortbildung Anerkennung finden. § 823 Abs. 1 BGB ist damit insgesamt im System der deliktischen Unrechtstatbestände zur Entwicklung eines ausreichenden Unternehmensschutzes nicht der richtige Ansatzpunkt.

1) Buchner, Gewerbebetrieb, S. 269.

II. Anwendungsbereich des § 823 Abs. 2 BGB

1. Funktion des § 823 Abs. 2 BGB

Wenn es beim deliktischen Unternehmensschutz nur darum geht, bestimmte als rechtswidrig erachtete unternehmensschädigende Verhaltensweisen sanktionieren zu können und nicht einen generellen Rechtsgüterschutz des Unternehmens festzuschreiben¹⁾, so ist für diese Rechtsfortbildungsaufgabe in § 823 Abs. 2 BGB der systematisch richtige Ansatzpunkt zu finden.

a. Durch die Bezugnahme auf bestimmte Schutzgesetze kommt innerhalb des Systems der deliktischen Unrechtstatbestände der Norm des § 823 Abs. 2 BGB die Funktion zu, auch schutzwürdige Interessen, die nicht den Charakter subjektiver Rechte i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB haben, gegen bestimmte Eingriffe zu schützen und damit bestimmte Handlungsweisen zu sanktionieren²⁾. Bei § 823 Abs. 2 BGB ist der Imperativencharakter besonders deutlich³⁾. Die Vorschrift ermöglicht deshalb auch ganz besonders die Herausbildung und Konkretisierung von Verhaltensnormen.

Da es sich beim Unternehmensschutz eben nicht um Rechtsgüterschutz, sondern um Interessenschutz gegen bestimmte, durch ihre Art und Weise besonders qualifizierte Beeinträchtigungen, um partiellen Vermögensschutz⁴⁾, handelt, wobei es um die Bestimmung der entscheidenden Verhaltensnormen geht, ist damit innerhalb des Systems der Deliktstatbestände der Funktionsbereich des § 823 Abs. 2 BGB angesprochen⁵⁾.

1) s.o. S. 89 ff.

2) Gieseke, GRUR 1950, 298 ff, 310; Jauernig-Teichmann, § 823, Anm. III 1; Erman-Drees, § 823, Rdn. 129.

3) Buchner, Gewerbebetrieb, S. 268.

4) Baumbach-Hefermehl, Allg., Rdn. 114.

5) Im Ergebnis ebenso Gieseke, GRUR 1950, 298 ff, 310; Reinhardt, Karlsruher Forum 1961, S. 3 ff, 11; Deutsch, JZ 1968, 721 ff, 724; Löwisch, Der Deliktsschutz relativer Rechte, S. 130; Larenz, SchuldR. BT, § 72 III b, S. 632 f; Fn. 7; Medicus, Bürgerliches Recht, Rdn. 614, S. 301; Esser-Weyers, SchuldR. BT, Teilbd. 2, § 55 I 2 c, S. 145; Schmiedel, Deliktsoobligationen, S. 38 f; Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 465 ff.

b. Auch wenn man mit einem Teil des neueren Schrifttums für den Unternehmensschutz die Kategorie der Verkehrspflichtverletzung nutzbar machen will¹⁾, sollte dabei am Regelungsbe- reich des § 823 Abs. 2 BGB angesetzt werden. Sachlich macht es keinen Unterschied, ob man die Aufgabe beim Unternehmens- schutz so formuliert, daß unternehmensschützende Verhaltens- normen konkretisiert werden müssen oder ob man von der Her- ausarbeitung von Verkehrspflichten spricht. Immer geht es darum, daß in einem Teilbereich, nämlich zum Schutz der Grundlagen und des Freiraums unternehmerischer Tätigkeit, Verkehrspflichten zum Schutze fremden Vermögens herausge- bildet werden²⁾ und damit ein partieller Vermögensschutz gewährt wird³⁾. Letztlich macht auch die Rechtsprechung nichts anderes, nur wird dies dadurch verschleiert, daß sie sich - durchaus irreführend - mit dem sog. Recht am Gewer- bebetrieb einen generalklauselartigen Rahmen geschaffen hat, den aber auch sie durch die Festlegung von Verkehrspflich- ten ausfüllt⁴⁾.

Die Herausbildung von Verkehrspflichten zum Schutze fremden Vermögens sollte systematisch dem Funktionsbereich des § 823 Abs. 2 BGB zugeordnet werden. Zwar werden die Verkehrs(si- cherungs)plichten herkömmlicherweise im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB behandelt, jedoch geht es dabei stets um Ver- kehrspflichten zum Schutz der in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechtsgüter⁵⁾. Ob beim Rechtsgüterschutz diese Einordnung gerechtfertigt ist, kann hier dahinstehen⁶⁾. Wo aber - wie beim Unternehmen - nicht Rechtsgüterschutz, sondern weiter-

-
- 1) Insbes. Mertens in MünchK., § 823, Rdn. 9 f, 149 ff, 469 ff, 484 ff; ders., AcP 178, S. 227 ff; Huber, Festschrift für v. Caemmerer, S. 359 ff, 377 ff.
 - 2) Mertens in MünchK., § 823, Rdn. 484.
 - 3) Baumbach-Hefermehl, Allg., Rdn. 114.
 - 4) Mertens in MünchK., § 823, Rdn. 471, 484.
 - 5) Die Verkehrspflichten dienen dabei zur Erfassung von Un- terlassungsdelikten und mittelbaren Schädigungen; vgl. Larenz, SchuldR. BT, § 72 I d, S. 611 ff.
 - 6) Für eine generelle Einordnung der Verkehrspflichtver- letzung in § 823 Abs. 2 BGB spricht sich v. Bar, Verkehrs- pflichten, § 6, S. 145 ff aus.

gehender Interessen- und Vermögensschutz in Frage steht, sollten jedenfalls diese Verkehrspflichten, um Mißverständnisse zu vermeiden, deliktsrechtlich von § 823 Abs. 2 BGB erfaßt werden¹⁾.

2. Unternehmensschützende Schutzgesetze - §§ 185 ff StGB

Bevor im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB auf die Möglichkeiten einer rechtsfortbildenden Herausarbeitung von Verhaltensnormen und Verkehrspflichten eingegangen wird, soll untersucht werden, inwieweit schon bestehende Schutzgesetze i.V.m.

§ 823 Abs. 2 BGB für einen angemessenen Unternehmensschutz nutzbar gemacht werden können.

In der Praxis spielt bei der Beurteilung unternehmensschädigender Eingriffe im Ergebnis § 823 Abs. 2 BGB kaum eine Rolle, auch wenn die Rechtsprechung grundsätzlich anerkennt, daß das sog. Recht am Gewerbebetrieb als Auffangtatbestand subsidiär ist²⁾ und bei Vorhandensein spezieller Regelungen, zu denen dann auch Schutzgesetze i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB gehören³⁾, zurücktreten soll.

Daß die allermeisten Entscheidungen unter Zuhilfenahme des sog. Rechts am Gewerbebetrieb begründet werden, liegt einfach daran, daß kaum Gesetze speziell unternehmensschützenden Charakter haben und damit als Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB angesehen werden könnten.

Für den Bereich des Schutzes gegen unternehmensschädigende Äußerungen kommt überhaupt nur ein Rückgriff auf die strafrechtlichen Beleidigungsvorschriften der §§ 185 ff StGB in

1) Ebenso Huber, Festschrift für v.Caemmerer, S. 359 ff, 377 ff. Demgegenüber sieht Mertens in MünchK., § 823, Rdn. 152 und in AcP 178, S. 227 ff, 231 ff die Verkehrspflichtverletzung als eine die Zweiteilung des § 823 BGB überschreitende deliktische Anspruchsgrundlage an, möchte aber den Unternehmensschutz wegen der verfestigten Einordnung durch die Rspr. bei § 823 Abs. 1 BGB belassen.

2) BGHZ 36, 252 ff, 257; 69, 128 ff, 138 f.

3) v.Caemmerer, Festschrift DJT, S. 49 ff, 90.

Betracht¹⁾. Von diesen Ehrschutztatbeständen schützt zwar die in § 187 StGB geregelte verleumderische Kreditgefährdung unstreitig auch wirtschaftliche Unternehmen²⁾; ihr kommt aber im Deliktsrecht keine praktische Bedeutung zu, weil ihr Anwendungsbereich schon von dem im BGB selbst normierten Tatbestand des § 824 BGB erfaßt wird³⁾. § 824 BGB betrifft wie § 187 StGB den Schutz vor unwahren kreditschädigenden Tatsachenbehauptungen und erfaßt sogar weitergehend andere allgemeine Erwerbsschädigungen und zudem fahrlässige Angriffe. Damit besteht im Bereich unternehmensschädigender unwahrer Tatsachenbehauptungen aufgrund der speziellen Regelung des § 824 BGB kein praktisches Bedürfnis, insoweit die strafrechtlichen Ehrschutzbestimmungen als Schutzgesetze für § 823 Abs. 2 BGB nutzbar zu machen. Im folgenden kann deshalb auch § 187 StGB außer Betracht bleiben.

Lückenhaft ist dagegen - wie schon festgestellt⁴⁾ - die Regelung des BGB, soweit gewerbeschädigende Werturteile in Frage stehen, die die Rechtsprechung dann auch mit dem Recht am Gewerbebetrieb im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB zu erfassen sucht⁵⁾. Lehnt man diesen Weg aber ab⁶⁾, so stellt sich die Frage, ob nicht die strafrechtlichen Beleidigungsvorschriften, insbes. § 185 StGB selbst, als Schutzgesetze i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB einen ausreichenden Rechtsschutz gegen derartige unternehmensschädigende Angriffe in Form von Werturteilen bieten können. Der mögliche Schutzgesetzcharakter der §§ 185 ff StGB ist allgemein anerkannt⁷⁾.

1) v. Köller, Meinungsfreiheit, S. 27 ff; Ringel, Recht am Gewerbebetrieb, S. 174 ff.

2) Dreher-Tröndle, § 187 StGB, Rdn. 2; LK-Herdegen, § 187 StGB, Rdn. 9; Schönke/Schröder-Lenckner, § 187 StGB, Rdn. 6.

3) Larenz, SchuldR. BT, § 73 I, S. 641; Palandt-Thomas, § 824, Anm. 1.

4) s.o. S. 82 ff.

5) Grundlegend BGHZ 3, 270 ff ("Constanze") und 45, 296 ff ("Höllenneuer").

6) s.o. S. 87 ff.

7) RGZ 115, 74 ff, 79; Palandt-Thomas, § 823, Anm. 9 f; Soergel-Zeuner, § 823, Rdn. 344; Wenzel, Recht der Wort- und Bildberichterstattung, Rdn. 3.116, S. 106.

a. Beleidigungsfähigkeit von Unternehmen

Die strafrechtlichen Beleidigungsvorschriften sind auf den persönlichen Ehrschutz zugeschnitten. Infolgedessen steht der Unterlassungs- und Schadenersatzanspruch einer individuell beleidigten Person aus §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 185 StGB außer Frage. Damit kann auch ein Unternehmer oder Gewerbetreibender, soweit er persönlich beleidigt wird, diesen Rechtsschutz geltend machen. Die entscheidende Frage lautet aber, ob auch wirtschaftliche Unternehmen sich auf diesen Schutz berufen können, d.h. ob sie i.S.v. § 185 StGB beleidigungsfähig sind. Eine weitere Frage ist dann, wie weit die §§ 185 ff StGB sachlich reichen, d.h. ob sie auch einen Schutz des wirtschaftlichen Rufs und Ansehens gewährleisten.

Als Ausgangspunkt muß man sich vor Augen halten, daß die durch §§ 185 ff StGB geschützte Ehre das am meisten individualisierte aller strafrechtlich geschützten Güter, das am stärksten persönlichkeitsgebundene Gut ist¹⁾. Das heißt andererseits aber nicht, daß nur die Einzelpersonlichkeit Träger dieses Rechtsguts sein kann. Vielmehr können auch Personengemeinschaften einen derartigen Persönlichkeitscharakter haben, der es rechtfertigt, ihnen Ehr- und damit auch Beleidigungsfähigkeit zuzuerkennen. Der Rechtsform einer solchen Gemeinschaft kommt dabei nur sekundäre Bedeutung zu. Entscheidend sollte sein, ob die Gemeinschaft wie eine Einzelperson Persönlichkeitsqualität hat²⁾.

Anerkannt ist deshalb, daß auch Unternehmen des Handelsrechts beleidigungsfähig sein können. Bedenkenlos darf dies angenommen werden bei Gesellschaften, bei denen die Person entscheidend im Vordergrund steht, so z.B. bei den Personengesellschaften OHG und KG³⁾. Aber auch Kapitalge-

1) Maurach-Schroeder, StrafR. BT, Teilbd.1, § 24 II A, S.202

2) v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 28; Maurach-Schroeder, StrafR. BT, Teilbd. 1, § 24 II B, S. 203.

3) v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 28; Maurach-Schroeder, StrafR. BT, Teilbd. 1, § 24 II B, S. 204.

sellschaften können einen derartigen Persönlichkeitscharakter haben. Entscheidend ist, ob sie - wie eine Individualperson - einen als Ehre zu schützenden sozialen Wert verkörpern und einen einheitlichen Willen bilden können, so daß bei ihnen das Bewußtsein gemeinsamer Ehre vorhanden ist¹⁾. Die soziale Funktion der Personengemeinschaft braucht dabei keine öffentliche zu sein; sie muß nur im gesellschaftlichen Leben generell mit Billigung rechnen können. Deshalb sind auch privatwirtschaftliche Zwecke anerkannte gesellschaftliche Aufgaben, so daß sich auch Wirtschaftsunternehmen gleich welcher Rechtsform nach heute vorherrschender Ansicht grundsätzlich auf den Ehrschutz der §§ 185 ff StGB berufen können²⁾.

Wenn gegen die Persönlichkeitsqualität und damit Beleidigungsfähigkeit namentlich von Kapitalgesellschaften eingewandt wird, bei ihnen blieben die hinter ihnen stehenden Personenkreise anonym³⁾, ist dem entgegenzuhalten, daß die eigenständige Persönlichkeitsqualität der Gemeinschaft nichts mit der ihrer Mitglieder zu tun hat. Die Gemeinschaft leitet ihren Persönlichkeitscharakter aus ihrer eigenen sozialen Wertigkeit und nicht aus der individuellen Persönlichkeit ihrer Mitglieder ab. Ihre Persönlichkeitserscheinung ist deshalb von der Anzahl ihrer Mitgliedspersonen und deren Erkennbarkeit nach außen unabhängig und etwas Selbständiges. Sie hängt nur davon ab, ob die Gemeinschaft einen als Ehre zu schützenden sozialen Wert verkörpert. Die Beleidigungsfähigkeit auch großer Kapitalgesellschaften

1) BGHSt 6, 186 ff, 191; Schönke/Schröder-Lenckner, Rdn. 4 vor § 185 StGB.

2) Grundlegend BGHSt 6, 186 ff, 191; ebenso BGH NJW 1975, 1882 ff, 1883 und 1980, 2807 ff, 2808; OLG Köln, NJW 1979, 1723. Der Rspr. folgend Schönke/Schröder-Lenckner, Rdn. 4 vor § 185 StGB; Maurach-Schroeder, Strafr. BT, Teilbd. 1, § 24 II B, S. 204; Helle, Der Schutz der Persönlichkeit, der Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht, S. 95; Wenzel, Recht der Wort- und Bildbeurichterstattung, Rdn. 3.128, S. 108; Leßmann, AcP 170, S. 266 ff, 289; zweifelnd Dreher-Tröndle, § 185 StGB, Rdn. 21 und LK-Herdeggen, Rdn. 15 vor § 185 StGB.

3) So v. Köller, Meinungsfreiheit, S. 29.

mit einer anonymen Anzahl von Mitgliedern ist daher mit der herrsch. Ansicht zu bejahen.

Allerdings kann aus der grundsätzlich möglichen Beleidigungsfähigkeit von Wirtschaftsunternehmen gleich welcher Rechtsform nicht gefolgert werden, daß damit nun alle gewerbeschädigenden Werturteile mit den strafrechtlichen Beleidigungsvorschriften als Schutzgesetzen i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB zu erfassen wären.

b. Sachliche Reichweite des strafrechtlichen Schutzes

Das eigentliche Problem liegt hier jeweils in der Frage, ob durch ein schädigendes Werturteil wirklich auch der soziale Geltungsanspruch des Unternehmens getroffen wird. Zu trennen sind Angriffe auf den sozialen Achtungsanspruch des Unternehmens von Schädigungen des rein wirtschaftlichen Ansehens. Beleidigend ist nur die Kundgabe der Mißachtung oder Nichtachtung des sozialen Werts¹⁾, den das Unternehmen im gesellschaftlichen Leben genießt. Werden dagegen Waren oder gewerbliche Leistungen eines Unternehmens kritisch gewürdigt - und das ist gerade der Hauptproblemkreis bei der Frage der Beurteilung gewerbeschädigender Äußerungen - so wird davon in der Regel nicht der als Ehre zu schützende und den §§ 185 ff StGB unterfallende soziale Geltungsanspruch des Unternehmens betroffen, sondern nur sein geschäftlicher Ruf²⁾. Die Schädigung des wirtschaftlichen Ansehens aber unterfällt nicht dem Schutzbereich des § 185 StGB. Die Beleidigungsdelikte sollen die persönliche Ehre - sei es auch einer Personengemeinschaft - schützen, nicht aber den Absatz eines Gewerbebetriebes, der durch eine Kritik an seinen Produkten oder Leistungen betroffen würde³⁾.

1) Dreher-Tröndle, § 185 StGB, Rdn. 7; Schönke/Schröder-Lenckner, § 185 StGB, Rdn. 10; Maurach-Schroeder, StrafR. BT, Teilbd. 1, § 25 II 2 a, S. 210.

2) Dreher-Tröndle, § 185 StGB, Rdn. 7.

3) Bofinger, NJW 1965, 1833 ff, 1838.

Eine Ausnahme gilt nur für den durch § 824 BGB überlagerten Verleumdungstatbestand des § 187 StGB, da dort ausdrücklich gegen Kreditschädigung Schutz geboten wird, jedoch nur bei Aufstellen und Verbreiten unwahrer Tatsachenbehauptungen. Bei der Frage nach der Beleidigung durch ein Werturteil ist dagegen immer zu unterscheiden, ob der als Ehre geschützte soziale Wert des Kritisierten beeinträchtigt oder nur sein wirtschaftlicher Ruf geschädigt wird, der aber nicht den Schutz des § 185 StGB genießt.

Bei dieser Prüfung kommt es nicht auf die formale Rechtsstellung des kritisierten Unternehmens oder Gewerbetreibenden an. Wird das Geschäftsgebaren einer einzelnen im Wirtschaftsleben stehenden Person kritisiert, so ist in gleicher Weise zu fragen, ob diese Kritik ihre persönliche Ehre beeinträchtigt oder nur ihr wirtschaftliches Ansehen betrifft, wie dies auch bei einem Unternehmen des Handelsrechts, sei es einer Personen- oder Kapitalgesellschaft, zu geschehen hat. Auch hier kann durch eine Kritik der als Ehre zu schützende soziale Geltungsanspruch oder auch nur der wirtschaftliche Ruf betroffen sein.

Allerdings ist bei Wirtschaftsunternehmen diese Abgrenzung nicht ganz einfach, da bei ihnen auch ihre soziale Funktion, aus der sie ihre soziale Wertigkeit ableiten, im wirtschaftlichen Bereich liegt. Kritik am Geschäftsgebaren eines Unternehmens wird man deshalb nur dann als ehrverletzend ansehen können, wenn sie einen die sittliche Integrität treffenden Vorwurf etwa der Unsolidität oder Unredlichkeit impliziert¹⁾. Beleidigend kann von daher z.B. die Bezeichnung eines Gewerbetreibenden als Kredithai²⁾ oder Halsabschneider³⁾ oder der Vorwurf erpresserischen und wucherischen Verhaltens gegen eine Bank sein⁴⁾.

1) LK-Herdeggen, § 185 StGB, Rdn. 17.

2) OLG Zweibrücken, NJW 1981, 129 f.

3) BGH LM Nr. 40 zu Art. 5 GG.

4) OLG Köln, NJW 1979, 1723.

Aus dem Dargelegten folgt: Im Großteil aller Sachverhalte unterfallen gewerbeschädigende Werturteile nicht den strafrechtlichen Beleidigungsvorschriften der §§ 185 ff StGB, da kritische und sich möglicherweise auch auf den Absatz schädigend auswirkende Urteile über gewerbliche Leistungen oder Waren in der Regel nicht über diesen Eingriff in die wirtschaftliche Interessensphäre des kritisierten einzelnen Gewerbetreibenden oder Unternehmens hinausgehen und den Bereich der persönlichen Ehre, des sozialen Geltungsanspruches, der allein Schutzgut der Beleidigungsdelikte ist, nicht berühren. Nur wo eine derartige Herabsetzung der sozialen Wertigkeit, mithin eine Ehrverletzung, festgestellt werden kann, wobei Betroffener eine natürliche wie eine juristische Person sein kann, ist der Schutzbereich der §§ 185 ff StGB erreicht und kann eine Schadenersatzverpflichtung aufgrund Schutzgesetzverletzung gemäß § 823 Abs. 2 BGB angenommen werden. Die weitaus meisten Fälle von Gewerbekritik sind aber, da sie nur den Ruf der gewerblichen Leistungen tangieren, mit den strafrechtlichen Beleidigungsdelikten nicht zu erfassen und damit auch zivilrechtlich nicht wegen Verletzung eines Schutzgesetzes zu sanktionieren.

Zu Recht hat deshalb die Rechtsprechung bisher im Ergebnis kaum einmal die Verurteilung zu Schadenersatz oder Unterlassung einer gewerbeschädigenden Äußerung auf §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. 185 StGB gestützt, auch wenn ihr der Vorwurf gemacht werden muß, daß sie - methodisch verfehlt - oft nicht zuerst prüft, ob eine beanstandete Kritik schon den Bereich persönlicher Ehrverletzung erreicht und damit dem strafrechtlichen Ehrschutz und § 823 Abs. 2 BGB unterfallen würde, sondern eine Äußerung sogleich und ausschließlich an einer Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb mißt¹⁾.

1) So etwa BGH GRUR 1969, 306 ff ("Kredithaie"): Der BGH prüft dort nur das Recht am Gewerbebetrieb, ohne auf den möglichen ehrverletzenden Charakter der Äußerung einzugehen; daß das Recht am Gewerbebetrieb nur lückenausfüllende Funktion haben soll, wird dabei aber nicht beachtet.

3. Möglichkeiten der Rechtsfortbildung bei § 823 Abs. 2 BGB

a. Ausgangslage

Mangels einschlägiger Schutzgesetze setzt sich also im Bereich des § 823 Abs. 2 BGB das schon bei § 823 Abs. 1 BGB festgestellte Bild fort, daß der Unternehmensschutz gegen schädigende Äußerungen nur unzureichend geregelt ist.

Die Rechtsprechung hat diese Rechtsschutzlücke durch eine Ausdehnung der subjektiven Rechte in § 823 Abs. 1 BGB mittels der Herausbildung des Rechts am Gewerbebetrieb zu schließen gesucht, ein Weg, der - wie gesehen¹⁾ - methodisch nicht haltbar ist. Diese Erkenntnis enthebt aber nicht der Aufgabe, nach einem geeigneten Ansatzpunkt für die Rechtsfortbildung zu suchen, um angesichts der unzureichenden gesetzlichen Regelung zu einem befriedigenden und interessengerechten Unternehmensschutz zu gelangen.

Daß die beiden Grundbedingungen für eine Rechtsfortbildung, die Schutzwürdigkeit des Unternehmens und ein entsprechendes dringendes Schutzbedürfnis angesichts der bestehenden Rechtsschutzlücken, beim Schutz des Unternehmens gegen schädigende Äußerungen bejaht werden können, wurde schon aufgezeigt²⁾.

Oben wurde auch schon festgestellt, daß die Aufgabe der Fortentwicklung des Unternehmensschutzes mit dem Ziel, als unzulässig erachtete schädigende Verhaltensweisen sanktionieren zu können, innerhalb des Systems der deliktischen Unrechtstatbestände ihrer Funktion nach am ehesten durch Anknüpfung an § 823 Abs. 2 BGB zu verwirklichen ist³⁾. Wo es nicht darum geht, einer monopolartig zugewiesenen Rechtsposition einen generellen Rechtsschutz zu gewähren, sondern nicht als subjektive Rechte anzuerkennende, aber schützens-

1) s.o. S. 86 ff.

2) s.o. S. 78 ff; vgl. dazu auch Buchner, Gewerbebetrieb, S. 246 ff.

3) s.o. S. 93 ff.

werte Interessen gegen bestimmte schädigende Verhaltensweisen zu schützen, wie dies beim Unternehmen der Fall ist, ist systematisch § 823 Abs. 2 BGB mit der Anknüpfung an bestimmte Schutzgesetze angesprochen¹⁾. Der Bezug zu Verbotsnormen läßt klar hervortreten, daß nur bestimmte Handlungsweisen unzulässig sind und erleichtert dadurch einmal die Herausbildung und Konkretisierung von Verhaltensanforderungen und Verkehrspflichten und dadurch zum anderen auch die Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Verhaltensweisen²⁾.

Wenn damit § 823 Abs. 2 BGB systematisch zwar der richtige Ansatzpunkt für die Entwicklung eines interessengerechten Unternehmensschutzes ist, so mußte doch andererseits festgestellt werden, daß sich gerade auch für den Schutz des Unternehmens gegen schädigende Äußerungen nicht genügend Schutzgesetze, also gesetzlich normierte Verhaltensgebote, finden lassen, die einen ausreichenden Unternehmensschutz gewährleisten. Angesichts dieser Rechtsschutzlücke stellt sich deshalb die Frage, ob eine Rechtsfortbildung, wie sie die Rechtsprechung methodisch unbefriedigend im Bereich des § 823 Abs. 1 BGB versucht hat, im Regelungsbereich des § 823 Abs. 2 BGB zur Weiterentwicklung des Unternehmensschutzes möglich ist.

b. Entwicklungsfähigkeit des § 823 Abs. 2 BGB

Dabei ist zunächst problematisch, ob § 823 Abs. 2 BGB überhaupt als entwicklungsfähiger Tatbestand angesehen werden kann wie z.B. § 823 Abs. 1 BGB, der - wie gesehen³⁾ - über den Begriff des "sonstigen Rechts" durchaus entwicklungsfähig ist. Bei § 823 Abs. 2 BGB liegt diese Möglichkeit der

1) Reinhardt, Karlsruher Forum 1961, S. 3 ff, 11; Schmiedel, Deliktsoobligationen, S. 39; Medicus, Bürgerliches Recht, Rdn. 614, S. 301; Larenz, SchuldR. BT, § 72 III b, S. 632 f, Fn. 7.

2) Schmiedel, Deliktsoobligationen, S. 37.

3) s.o. S. 75 f.

Fortentwicklung nicht so klar auf der Hand. Der Tatbestand des § 823 Abs. 2 BGB knüpft an eine Schutzgesetzverletzung an, d.h. es muß sich nach seinem Wortlaut um die Verletzung eines Gesetzes handeln. Gesetz im Sinne des BGB ist nach der Definition des Art. 2 EGBGB jede Rechtsnorm, wozu im allgemeinen neben den Gesetzen im formellen Sinn und den Rechtsverordnungen auch das Gewohnheitsrecht gezählt wird, nicht aber das nur faktisch verbindliche Richterrecht durch ständige Rechtsprechung oder Gerichtsgebrauch¹⁾.

Durch diese Anknüpfung an den Gesetzesbegriff scheint die Möglichkeit einer Rechtsfortbildung durch Anerkennung richterlicher Rechtssätze im Bereich des § 823 Abs. 2 BGB von vornherein beschränkt zu sein. Unter Hinweis auf den klaren Wortlaut des § 823 Abs. 2 BGB lehnt deshalb auch ein Großteil der Literatur die richterrechtliche Anerkennung anderer Gebote, die nicht aus Rechtsnormen i.S.d. Art. 2 EGBGB folgen, als Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB ab²⁾. Indessen fehlt es nicht an Versuchen, gerade auch im Bereich des Unternehmensschutzes wegen der Bedenken gegen das aus § 823 Abs. 1 BGB entwickelte Recht am Gewerbebetrieb die erforderliche Lückenfüllung durch richterliche Rechtsfortbildung am Tatbestand des § 823 Abs. 2 BGB anzusetzen³⁾.

Am weitesten ging dabei der Vorschlag Giesekes, "allgemeine Grundsätze, die unser soziales Leben beherrschen, als Schutzgesetze" anzuerkennen, "selbst wenn sie nicht durch Bestimmungen des Grundgesetzes oder in anderer Weise fixiert sind, vielmehr erst erschlossen werden müssen"⁴⁾. Gerade aber auch in der neueren Literatur mehren sich angesichts der Erkenntnis, daß die Aufgabe der Herausbildung und Kon-

1) Palandt-Heinrichs, Einl., Anm. V l e; Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil, § 42 I 1, S. 274 f; Lehmann-Hübner, Allgem. Teil, § 3 V 1, S. 24 f.

2) So explizit Ringel, Recht am Gewerbebetrieb, S. 105 ff; Andresen, Warentest, S. 228 ff. Für den Großteil im Schrifttum stellt sich allerdings das Problem einer Rechtsfortbildung des § 823 Abs. 2 BGB überhaupt nicht, soweit sie das Recht am Gewerbebetrieb anerkennen; daselbe gilt für die Rspr.

3) Vgl. die Nachweise S. 34, Fn. 1 und S. 36, Fn. 1.

4) Gieseke, GRUR 1950, 298 ff, 310.

kretisierung von Verhaltensnormen systematisch dem Funktionsbereich des § 823 Abs. 2 BGB zuzuordnen ist, die Stimmen, die eine Weiterentwicklung des § 823 Abs. 2 BGB befürworten¹⁾.

Wenn Gieseke gemeint hat, allgemeine Grundsätze des sozialen Lebens unter den Schutzgesetzbegriff des § 823 Abs. 2 BGB und den Begriff der Rechtsnorm in Art. 2 EGBGB subsumieren zu können, geht dies aber mit Sicherheit zu weit²⁾. Angesichts des klaren Wortlauts dieser Bestimmungen können im Wege der Auslegung allgemeine Grundsätze nicht als Rechtsnormen verstanden werden, d.h. für die Auslegung ist der Normcharakter der in Frage kommenden Schutzbestimmungen unabdingbar³⁾.

Damit ist aber nur eine derartig weite Auslegung von § 823 Abs. 2 BGB und Art. 2 EGBGB im Sinne Giesekes unzulässig. Die Möglichkeit, § 823 Abs. 2 BGB für die Rechtsfortbildung nutzbar zu machen, indem Rechtssätze ohne Normcharakter als richterrechtlich entwickelte Schutzgesetze anerkannt werden, ist dadurch aber nicht ausgeschlossen. Wenn auch nach dem Willen des historischen Gesetzgebers die richterliche Entwicklung von Verhaltensnormen nur im Rahmen des § 826 BGB erfolgen sollte, während bei § 823 Abs. 1 und 2 BGB an legislatorische Veränderungen gedacht war⁴⁾, ist jedoch heute diese ursprüngliche Konzeption durch die Rechtsprechung weitgehend überlagert, wobei insbes. an die im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB entwickelten Generalklauseln zu denken ist⁵⁾. Da heute in weiten Bereichen gesetzgeberische Ordnungsfunktionen vom Richter wahrgenommen werden, kann die

1) Insbes. Mertens, AcP 178, 227 ff; ders. in MünchK., § 823, Rdn. 149 ff; Schmiedel, Deliktobligationen, S. 33 ff; Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 465 ff; Löwisch, Der Deliktsschutz relativer Rechte, S. 122 ff, 130.

2) Ebenso Mertens in MünchK., § 823, Rdn. 152.

3) Schmiedel, Deliktobligationen, S. 36; Deutsch, JZ 1963, 385 ff, 389.

4) Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 466.

5) Mertens in MünchK., § 823, Rdn. 2 ff.

Befugnis zur Entwicklung gesetzestretender Normen nicht etwa auf den Regelungsbereich des § 823 Abs. 1 BGB beschränkt werden, nur weil die Rechtsprechung diesen zum Ansatzpunkt für ihre Rechtsfortbildung genommen hat, sondern in gleicher Weise muß den Gerichten die Befugnis zugestanden werden, auch Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB im Wege richterlicher Rechtsfortbildung aufzustellen¹⁾.

Eine Fortentwicklung des § 823 Abs. 2 BGB durch die Einbeziehung eines weiteren Kreises von Verbotsnormen erscheint noch plausibler, wenn man bedenkt, daß die Grenzen zwischen echten Rechtsnormen und erst durch Richterrecht entwickelten Verbotsnormen nicht eindeutig zu ziehen ist. Hier darf noch einmal auf das schon erörterte Verhältnis von Gewohnheitsrecht und Richterrecht eingegangen werden²⁾:

Gewohnheitsrechtssätze, die nach allgemeiner Ansicht wegen ihres Normgehaltes als Schutzgesetze i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB aufzufassen sind, unterscheiden sich nicht wesensmäßig von anderen richterrechtlichen Verbotssätzen ohne Rechtsnormcharakter, dem nur faktisch verbindlichen sog. Gerichtsgebrauch. Nach herkömmlicher Auffassung³⁾ soll dieses Richterrecht durch den Akt der Überzeugungsbildung der Gemeinschaft in normativ verbindliches Gewohnheitsrecht umschlagen. Wenn damit zwischen Gewohnheitsrecht und normativ noch nicht verbindlichem Gerichtsgebrauch nur graduelle Unterschiede bestehen, da bei dem letzteren der Prozeß des Erstarkens zum Gewohnheitsrecht nur noch nicht abgeschlossen ist, liegt es doch nahe, im Wege der Rechtsfortbildung auch diesem Richterrecht Schutzgesetzcharakter i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB zuzuerkennen.

Diese Konsequenz erscheint noch folgerichtiger, wenn man der Auffassung Essers folgt, daß nämlich grundsätzlich die Kate-

1) Mertens, AcP 178, S. 227 ff, 230 f; ders. in MünchK., § 823, Rdn. 149 ff; Seiter, Streikrecht und Aussperungsrecht, S. 466.

2) s.o. S. 64 ff.

3) Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil, § 39 II 2 b, S. 267; Larenz, Allgem. Teil, § 1 I c, S. 9 f.

gorie des Gewohnheitsrechts für das Richterrecht abzulehnen sei¹⁾. Begreift man mit Esser Richterrecht als ständig im Werden begriffene Rechtsbildung, die nicht in einem bestimmten Stadium der Verfestigung und allgemeinen Anerkennung als auf einmal normativ verbindliches Gewohnheitsrecht festgeschrieben werden, sondern immer kritischer Würdigung und fortschreitender Weiterentwicklung unterworfen sein sollte, erhebt sich das Problem der Abgrenzung von Gewohnheitsrecht mit Schutzgesetzcharakter und nur faktisch verbindlichem Richterrecht nicht. Unter Zugrundelegung dieser Auffassung ist es dann aber nur konsequent, wenn richterrechtlich entwickelten oder erst zu entwickelnden Rechtssätzen in Fortbildung des § 823 Abs. 2 BGB Schutzgesetzqualität zuerkannt wird.

Die Entwicklungsfähigkeit des Tatbestandes des § 823 Abs. 2 BGB in dem Sinne, daß im Wege der Rechtsfortbildung den echten Schutzgesetzen durch Richterrecht entwickelte oder gerade erst für den Einzelfall zu entwickelnde Verbots- und Verhaltensnormen gleichgestellt werden, unterliegt nach alledem keinen Bedenken²⁾. Damit kann § 823 Abs. 2 BGB grundsätzlich wie auch § 823 Abs. 1 BGB Anknüpfungspunkt für eine Rechtsfortbildung sein.

c. Methodik und Grenzen der Rechtsfortbildung

aa. Daß beim Unternehmensschutz § 823 Abs. 2 BGB und nicht der von der Rechtsprechung gewählte Weg über § 823 Abs. 1 BGB methodisch und systematisch der richtige Ansatzpunkt für eine Rechtsfortbildung ist, wurde schon dargelegt³⁾. Wo es nicht um den Schutz eines subjektiven Rechts oder Rechtsguts geht, sondern nur um das Verbot bestimmter schädigender Ver-

1) Esser, Festschrift für v.Hippel, S. 95 ff; vgl. dazu schon o. S. 66 ff.

2) Ebenso Mertens, AcP 178, S. 227 ff, 230 f; ders. in MünchK, § 823, Rdn. 149 ff; Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 466; Schmiedel, Deliktsoobligationen, S. 36 ff; Löwisch, Der Deliktsschutz relativer Rechte, S. 122 ff, 130; aus der älteren Lit. insbes. Gieseke, GRUR 1950, 298 ff, 310; Reinhardt, Karlsruher Forum 1961, S.3 ff, 11.

3) s.o. S. 89 ff.

haltensweisen, ist im System der deliktischen Unrechtstatbestände der Funktionsbereich des § 823 Abs. 2 BGB angesprochen, bei dessen Anwendung man nicht - wie bei der Anknüpfung an § 823 Abs. 1 BGB - eine mit Ungewißheiten verbundene Generalklausel schafft, sondern tatbestandlich begrenzte Bezugsnormen herausbilden kann, die genau erkennen lassen, was verboten sein soll¹⁾. Mit der Anknüpfung an § 823 Abs. 2 BGB, der schon von seinem Inhalt her Interessenschutz gegen bestimmte unzulässige Verhaltensweisen durch Bezug auf konkrete Verbotsnormen gewährt, entgeht man der Schwierigkeit, eine einmal formulierte Generalklausel wieder einschränken zu müssen und ermöglicht somit einen schrittweisen und an die Sach- und Interessenlage des Einzelfalls jeweils anpassungsfähigen Rechtsschutz.

bb. Läßt man in Fortbildung des § 823 Abs. 2 BGB zu, daß richterrechtlich entwickelte Verbotssätze oder sogar auch vom Richter im Einzelfall erst zu schaffende Verbotsnormen als Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB anerkannt werden, drängt sich aber die Frage auf, wie weit eine solche Rechtsfortbildung gehen darf und welche Grenzen ihr zu setzen sind.

Selbstverständlich ist, daß der Richter nicht nach seinem Gutdünken Verhaltensanforderungen als Quasi-Schutzgesetze aufstellen darf, um zu dem von ihm gewünschten Ergebnis zu gelangen. Wie schon im Rahmen der Erörterung des § 823 Abs. 1 BGB ausgeführt²⁾, ist der Richter auch bei seiner rechtsfortbildenden Tätigkeit immer der verfassungsrechtlichen Beschränkung des Art. 20 Abs. 3 GG unterworfen, d.h. an Recht und Gesetz gebunden. Für die Rechtsfortbildung beinhaltet die Bindung des Richters an das Recht die Verpflichtung, die sich aus der Verfassung und den Gesetzen ergebenden Wertmaßstäbe zu beachten und nicht eigene Ordnungsvorstellungen an die Stelle der Wertungen der Rechtsordnung zu stellen; der Rahmen der Rechtsordnung ist also die Grenze für die

1) Schmiedel, Deliktsoobligationen, S. 37 ff.

2) s.o. S. 72 ff.

rechtsfortbildende Tätigkeit der Gerichte¹⁾. So eindeutig diese Grenzziehung vom Grundsätzlichen her auch sein mag, so besteht doch die praktische Hauptschwierigkeit darin, im Einzelfall Anhaltspunkte für die inhaltliche Konkretisierung der zu gewinnenden Verbots- und Verhaltensnormen zu finden, die zu entwickelnden Bezugsnormen also gleichsam aus den Wertungen der Gesamtrechtsordnung herauszufiltern. Diese Arbeit ist um so einfacher und auch überzeugender, soweit schon bestehende Rechtsnormen oder bereits herausgebildete allgemeine Rechtsgrundsätze die Richtung für die inhaltliche Konkretisierung der Verhaltensnormen weisen²⁾. Keine Bedenken bestehen gegen eine Anerkennung solcher richterrechtlich entwickelter Rechtssätze als Schutzgesetze, die schon in Form relativ fertiger, von Einzelsachverhalten gelöster Normen geprägt sind³⁾. Schwieriger und im Ergebnis auch fragwürdiger wird die rechtsfortbildende Tätigkeit aber, wenn aus der Rechtsordnung kaum Hinweise für die inhaltliche Ausgestaltung erforderlicher Verhaltensnormen zu gewinnen sind. Wo der Richter ohne erkennbaren Bezug auf die Rechtsordnung Verbotsnormen entwickelt, wo also spezifisch rechtliche Erwägungen nicht möglich sind, dürfte die verfassungsrechtliche Grenze für eine Rechtsfortbildung erreicht sein⁴⁾.

cc. Für die hier gestellte Aufgabe der Weiterentwicklung des Unternehmensschutzes im Bereich gewerbeschädigender Äußerungen bedeutet dies, daß zunächst vorhandene Rechtsnormen und Rechtsgrundsätze auf die Möglichkeit, ihren Gehalt für die Herausbildung von Verhaltensnormen nutzbar zu machen, zu untersuchen sind. Je konkreter dabei schon etwaige Norminhalte die Richtung für die Konkretisierung der Verhaltens-

1) Reinhardt in Reinhardt-König, Richter und Rechtsfindung, S. 18; Westermann, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitscheidung im Zivilprozeß, S. 8; Larenz, Methodenlehre, S. 402 f; Buchner, Gewerbebetrieb, S. 53.

2) Schmiedel, Deliktsobligationen, S. 37.

3) Mertens in MünchK., § 823, Rdn. 151; ders., AcP 178, S. 227 ff, 230; Deutsch, JZ 1963, 385 ff, 390 f; Medicus, Bürgerliches Recht, Rdn. 614, S. 301.

4) Larenz, Methodenlehre, S. 418.

normen weisen, desto unbedenklicher ist dann auch die Rechtsfortbildung durch Anerkennung dieser richterrechtlichen Rechtssätze als Bezugsnormen für § 823 Abs. 2 BGB:

(1) Bei dem von den Gerichten entwickelten deliktischen Unternehmensschutz nun handelt es sich um inzwischen tatbestandlich relativ verfestigte und auf bestimmte Fallgruppen beschränkte Rechtsregeln¹⁾. Die Rechtsprechung hat konkrete unternehmensschützende Rechtssätze herausgearbeitet, um die Generalklausel des Rechts am Gewerbebetrieb einzuschränken und auszufüllen. Da mithin schon ein Normengefüge für den deliktischen Unternehmensschutz besteht, unterliegt es keinen Bedenken, die Fiktion eines subjektiven Rechts als Bezugspunkt für den zu gewährenden Schutz aufzugeben und systematisch überzeugender diese konkreten richterlichen Rechtssätze unmittelbar als Schutzgesetze und Bezugsnormen für § 823 Abs. 2 BGB anzuerkennen²⁾.

Allerdings sollen die Ergebnisse der Rechtsprechung hier nicht unkritisch übernommen und nur dogmatisch von § 823 Abs. 1 BGB auf Abs. 2 transponiert werden. Vielmehr geht es darum, Entscheidungsmaßstäbe aufzufinden, die über den Einzelfall hinaus verallgemeinerungsfähig und nachvollziehbar sind, um auf diese Weise konkrete Verhaltensnormen und Verkehrspflichten, die als Bezugsnormen für § 823 Abs. 2 BGB taugen, formulieren zu können. Dazu ist es aber erforderlich, bestehende Rechtsnormen daraufhin zu untersuchen, inwieweit sie Wertmaßstäbe für eine Weiterentwicklung des Unternehmensschutzes bieten können, so daß die zu entwickeln den konkreten Verbotsnormen in den Wertungen der Rechtsordnung ihre Grundlage finden³⁾.

1) Buchner, Gewerbebetrieb, S. 237 f.

2) Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 466 meint zutreffend, daß es sich bei dem Weg der Rspr. über das "sonstige Recht" nur um eine Vortäuschung von Gesetzes-treue handele.

3) Diesen methodischen Weg hat Mertens, AcP 178, S. 227 ff gewiesen, wo er sonderprivatrechtliche Normen auf ihren Gehalt für eine Herausbildung deliktischer Verbotsnormen untersucht hat.

(2) Was nun den Unternehmensschutz gegen schädigende Äußerungen betrifft, so wurde schon aufgezeigt¹⁾, daß in diesem Bereich als Schutzgesetze nur die strafrechtlichen Beleidigungsvorschriften der §§ 185 ff StGB einschlägig sind. Ihre praktische Anwendbarkeit im Einzelfall ist aber deshalb eingeschränkt, weil die wenigsten Fälle schädigender Kritik den als Ehre geschützten sozialen Geltungsanspruch von Unternehmen berühren, sondern nur ihre wirtschaftliche Interessensphäre betreffen und sich nachteilig auf den wirtschaftlichen Ruf und den Absatz auswirken. Die zweite Einschränkung besteht darin, daß der strafrechtliche Ehrschutz nur vorsätzliche Handlungen erfaßt, nicht aber auch fahrlässige Verhaltensweisen, gegen die das Unternehmen zivilrechtlich ebenfalls grundsätzlich schützenswert erscheint²⁾.

Die Aufgabe, diese Rechtsschutzlücken zu füllen, ist methodisch am überzeugendsten nicht durch die Entwicklung eines subjektiven Rechts, das sogleich wieder der Einschränkung bedarf, sondern dadurch zu bewältigen, daß schon vorhandene Rechtssätze fortentwickelt werden. Für den Unternehmensschutz gegen schädigende Äußerungen bedeutet das, in Fortführung der Rechtsgedanken der §§ 185 ff StGB den deliktischen Schutz auf nicht eigentlich ehrverletzende, sondern auf bestimmte weitere, sich wirtschaftlich schädigend auswirkende Äußerungen auszudehnen. Wenn eine derartige Ausweitung des Schutzbereiches der §§ 185 ff StGB auch strafrechtlich wegen des aus Art. 103 GG und § 1 StGB folgenden Analogieverbotes unzulässig wäre³⁾, so bestehen doch keine Bedenken, für den zivilrechtlichen Schutz des Unternehmens im Wege der Rechtsfortbildung den Kreis unzulässiger Äußerungen gegenüber der

1) s.o. S. 95 ff.

2) In dem Bedürfnis, auch fahrlässige Schädigungen erfassen zu können, liegt mit ein Grund dafür, daß die Rspr. den Unternehmensschutz nicht aus § 826 BGB entwickelt hat; vgl. Esser, SchuldR. BT, § 107 II 2 c, S. 405; Fikentscher, SchuldR., § 103 II 1, S. 636; Kötz, Deliktsrecht, S. 47 ff.

3) Vgl. dazu Dürig in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 GG, Rdn. 111; Schönke/Schröder-Eser, § 1 StGB, Rdn. 26 ff.

Regelung der §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. 185 ff StGB zu erweitern¹⁾. Ihre Rechtfertigung findet eine solche Rechtsfortbildung in der sich aus der unzureichenden gesetzlichen Regelung der entscheidenden Problemsachverhalte ergebenden Schutzbedürftigkeit unzulässig angegriffener Unternehmen.

Rechtsschutz bietet das Gesetz nur bei vorsätzlichen ehrverletzenden Äußerungen, während der für das Unternehmen viel wichtigere Bereich nur wirtschaftlich schädigender Äußerungen und die gesamten fahrlässigen Begehungsweisen nicht erfaßt sind. Gerade auch hier bedarf das Unternehmen aber grundsätzlich des Schutzes²⁾. Der gesetzlich festgeschriebene Anspruch, nicht in ehrverletzender Weise angegriffen zu werden, ist beim Unternehmen, für das nicht die persönliche Ehre, sondern das geschäftliche Ansehen im Vordergrund stehen, in einen allgemeinen Anspruch dahingehend fortzuentwickeln, daß die aus der Unternehmensführung erwachsenden und das Bild des Unternehmens in der Umwelt bestimmenden Tatsachen weder verfälscht noch unterdrückt werden und daß die vom Unternehmen selbst geschaffenen Tatsachen nicht in unzulässiger Art und Weise herabgewürdigt werden³⁾. Die Bedeutung unternehmerischer Leistung und der durch sie hervorgebrachten Werte rechtfertigen es also, in Fortbildung der Maßstäbe der strafrechtlichen Ehrschutzbestimmungen einen allgemeinen Schutzanspruch des Unternehmens anzuerkennen, daß nicht durch Kritik Dritter die geschaffenen Werte und auch Chancen am Markt in unzulässiger Weise dadurch in Gefahr gebracht werden, daß sich infolge einer Kritik Dritte nur ein verfälschtes Bild vom Unterneh-

1) Zwar hat die Rspr. in einigen Entscheidungen das strafrechtliche Analogieverbot auch für zivilrechtlich erheblich gehalten, so z.B. BGH BB 1978, 1487 ff; jedoch geht es hier nicht um die analoge Anwendung von Normen, sondern um Rechtsfortbildung praeter legem unter Berücksichtigung der Wertungen der Rechtsordnung. Würde man ein unbeschränktes Analogieverbot annehmen, wäre für eine Rechtsfortbildung überhaupt kein Raum und auch der von der Rspr. im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB gewährte Unternehmensschutz unzulässig. Zum Analogieverbot im Zivilrecht vgl. auch Herschel, NJW 1968, 533 f.

2) Vgl. dazu schon o. S. 82 ff.

3) Reinhardt, Karlsruher Forum 1961, S. 3 ff, 12.

men machen können. Der Schutzanspruch des Unternehmens ist allgemein dahingehend zu formulieren, daß solche Äußerungen als unzulässig erachtet werden, die das aufgrund der Dynamik der unternehmerischen Leistung in der Öffentlichkeit entstandene Bild des Unternehmens verfälschen¹⁾. Vor diesem Hintergrund sind dann zulässige von unzulässigen Äußerungen abzugrenzen.

(3) Daß in diesem Sinne unwahre Behauptungen über das Unternehmen unzulässig sind, kommt schon in der Sonderregelung des § 824 BGB zum Ausdruck. Schwieriger ist dagegen bei Urteilen über Leistungen oder Waren eines Unternehmens die Feststellung zu treffen, ob ein Werturteil das Bild des Unternehmens in der Öffentlichkeit verfälscht und damit als unzulässig anzusehen ist.

Die entscheidende Schwierigkeit liegt also in der Feststellung der Rechtswidrigkeit beanstandeter Äußerungen und somit in der Abgrenzung zulässiger von unzulässiger Kritik, sozial nützlicher von sozial schädigenden Verhaltensweisen²⁾.

Auch die Rechtsprechung, die vom Maßstab des Rechts am Gewerbebetrieb i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB ausgeht, sieht den Schwerpunkt in der Rechtswidrigkeitsproblematik. Nachdem sie bei den generalklauselartigen Rechten vom System der Unrechtsindizierung³⁾ abgerückt ist, geht sie von dem Erfordernis einer positiven Rechtswidrigkeitsprüfung eines Verhaltens im Einzelfall aus. Prüfungsmaßstab ist dabei eine umfassende Güter- und Interessenabwägung⁴⁾. So sehr nun auch ein solches Verfahren im Einzelfall zu befriedigenden Ergebnissen führen mag, so wird jedoch nicht klar, welche Güter und Interessen für die Abgrenzung entscheidend sein und wie sie

1) Reinhardt, Karlsruher Forum 1961, S. 3 ff, 12; Buchner, Gewerbebetrieb, S. 210.

2) So die Formulierung von Andresen, Warentest, S. 258.

3) So noch BGHZ 3, 270 ff ("Constanze"); vgl. schon o.S.12 ff.

4) Grundlegend BGHZ 45, 296 ff ("Höllengefeuer"); vgl. dazu o. S. 15 ff. Auch der Großteil im Schrifttum folgt dieser Methode; vgl. Die Nachweise o. S. 29, Fn. 2.

im Verhältnis zueinander gewichtet werden sollen. Die Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung bietet eine kaum kalkulierbare Abgrenzung und ist damit über den Einzelfall hinaus kaum verallgemeinerungsfähig¹⁾. Wie der BGH z.B. zu der Abgrenzung kommt, erst "böswillige und gehässige Schmähkritik" sei unzulässig²⁾, bleibt letztlich unerfindlich. Unter dem Stichwort der Güter- und Interessenabwägung können jederzeit ohne Schwierigkeit auch andere Abgrenzungen vorgenommen werden. Damit ist das Ergebnis einer solchen Abwägung kaum vorhersehbar. Dem rechtsstaatlichen Gebot der Rechtssicherheit dürfte kaum Genüge getan sein.

Entwickelt man dagegen den Unternehmensschutz gegen schädigende Äußerungen aus einer Fortführung der Gedanken der §§ 185 ff StGB, bleibt zwar das Problem der Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Äußerungen bestehen, jedoch lassen sich dann aus dem Gesetz nähere Maßstäbe für die Abgrenzung gewinnen, so daß die Entscheidungsfindung insgesamt nachvollziehbarer und damit auch vorhersehbarer wird.

Aus § 193 StGB ergibt sich nämlich näher, wann u.a. auch tadelnde Urteile über gewerbliche Leistungen strafbar sein sollen und damit als Schutzgesetzverletzungen i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 185 ff StGB relevant sind. Gemäß § 193 StGB sind solche Urteile nur dann tatbestandliches Unrecht, wenn das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Äußerung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht. § 193 StGB bietet damit einen gesetzlichen Maßstab für die Abgrenzung unzulässiger von zulässiger Kritik an gewerblichen Leistungen³⁾, der es ermöglicht, zu einer gegenüber der vagen Formel von einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung mehr am Gesetz orientierten und damit auch eher nachvollziehbaren und überprüfbaren Entscheidungsfindung zu gelangen.

1) Kritisch zur Methode allgemeiner Güter- und Interessenabwägung auch Andresen, Warentest, S. 140 ff; Kübler, AcP 172, S. 177 ff, 191 f; Bofinger, NJW 1965, 1833 ff, 1837; Nahme, GRUR 1964, 484 ff, 486.

2) So BGHZ 45, 296 ff, 310 ("Höllenneuer").

3) So auch Reinhardt, Festschrift für H.Lange, S.195 ff, 197 f.

Die Frage, ob eine Äußerung das Bild des Unternehmens und seiner Leistungen in der Öffentlichkeit in unzulässiger Weise verfälscht, ist also anhand des Maßstabes aus § 193 StGB zu beantworten: Die Unzulässigkeit einer Äußerung kann sich einmal aus ihrer äußeren Form und zu anderen aus den besonderen Umständen des Einzelfalls, unter welchen sie gemacht wurde, ergeben.

Die Anknüpfung an § 193 StGB bedeutet dabei keine Rückkehr zu den engen Grundsätzen der "Constanze"-Entscheidung: Dort wurde die Rechtswidrigkeit einer Äußerung als indiziert angesehen und dem Kritiker oblag es, sich mit Hilfe des Rechtfertigungsgrundes der Wahrnehmung berechtigter Interessen aus § 193 StGB zu exkulpieren¹⁾. Demgegenüber soll hier die seit der "Höllengefährdung"-Entscheidung anerkannte und allein auch dem Grundrecht der freien Meinungsäußerung aus Art. 5 GG entsprechende Rechtslage nicht angetastet werden, daß nämlich die Vermutung für die Zulässigkeit einer Meinungsäußerung streitet und deren Unzulässigkeit gesondert nachzuweisen ist²⁾. Das Erfordernis einer positiven Feststellung der Unzulässigkeit einer Äußerung bleibt unberührt. Hier geht es nur um die Frage, anhand welchen Maßstabes die Feststellung der Rechtswidrigkeit zu erfolgen hat. Gegenüber einer unbestimmten, einer Bewertungsmaßstabes entbehrenden Güter- und Interessenabwägung hat aber die Anknüpfung an den Gedanken des § 193 StGB den Vorzug eines gesetzlich orientierten und damit auch nachvollziehbaren Prüfungsmaßstabes.

Allerdings bedarf auch dieser Maßstab der weiteren Konkretisierung im Einzelfall: Es sind nämlich die für den Einzelfall relevanten Umstände herauszuarbeiten, die eine Kritik als unzulässig erscheinen lassen können. Für den dieser Arbeit zugrundeliegenden Problemkreis soll im zweiten Teil der Untersuchung diese Konkretisierungsarbeit beispielhaft durchgeführt werden.

1) BGHZ 3, 270 ff, 280 ff; vgl. dazu o. S. 12 ff.

2) BGHZ 45, 296 ff, 307 ff; vgl. dazu o. S. 15 ff.

C. ZUSAMMENFASSENDE THESEN ZUM 1. TEIL

1. Das von der Rechtsprechung entwickelte sog. Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb kann keine Anerkennung finden: Es handelt sich dabei weder um ein echtes "sonstiges Recht" i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB noch kann es als Gewohnheitsrecht oder als Akt gelungener richterlicher Rechtsfortbildung Geltung beanspruchen.
2. Gleichwohl ist die Fortentwicklung des deliktischen Unternehmensschutzes ein berechtigtes Anliegen der Rechtsordnung: Das Unternehmen stellt ein schutzwürdiges und schutzbedürftiges Gut dar, wobei im geltenden Recht gerade auch bei der Fallgruppe der unternehmensschädigenden Äußerungen eine empfindliche Rechtsschutzlücke besteht.
3. Der erforderliche Rechtsschutz des Unternehmens ist mit Hilfe der Kategorie der Schutzgesetzverletzung in der Weise zu gewährleisten, daß in Fortbildung des § 823 Abs. 2 BGB richterrechtlich entwickelten oder auch erst zu entwickelnden Verhaltensnormen bzw. Verkehrspflichten Schutzgesetzqualität zuerkannt wird.
4. Beim Unternehmensschutz gegen schädigende Kritik ist über § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. den Gedanken der §§ 185 ff StGB grundsätzlich ein Schutzanspruch des Unternehmens nicht nur gegenüber ehrverletzenden, sondern auch das geschäftliche Ansehen beeinträchtigenden Äußerungen anzuerkennen. Maßstab für die Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Äußerungen hat dabei § 193 StGB zu sein.

2. Teil : Die Haftung des Verbrauchers bei einzelnen
Formen unternehmensschädigender Kritik

Nachdem im ersten Hauptteil der Arbeit die allgemeinen Grundlagen für eine methodisch und systematisch befriedigende Einordnung der Gewerbekritik im System der deliktischen Tatbestände gelegt wurden, stellt sich im zweiten Hauptteil nun die Aufgabe, im Rahmen des aufgezeigten dogmatischen Weges für die spezielle Fallgruppe der Gewerbekritik durch einzelne Verbraucher die Kriterien herauszuarbeiten, die im Einzelfall eine solche Kritik als zulässig oder unzulässig erscheinen lassen.

Entsprechend der vom Gesetz vorgegebenen Unterscheidung der verschiedenen Formen sich schädigend auswirkender Kritik¹⁾ soll auch bei der folgenden Untersuchung diese Unterteilung beibehalten werden.

A. HAFTUNG FÜR UNWAHRE TATSACHENBEHAUPTUNGEN NACH § 824 BGB

Von den möglichen Formen unternehmensschädigender Äußerungen ist nur der Tatbestand der sog. Kreditgefährdung, d.h. die Haftung für das Behaupten oder Verbreiten unwahrer, sich kreditschädigend oder sonstwie erwerbsschädigend auswirkender Tatsachen, speziell geregelt (§ 824 BGB). Im folgenden soll auf diejenigen sich aus der Anwendung dieser Bestimmung ergebenden Fragen eingegangen werden, die gerade auch für die Fallgruppe der Kritik durch einzelne Verbraucher Bedeutung erlangen können.

1) Insbes. § 824 BGB geht von der Unterscheidung zwischen Tatsachenbehauptungen und anderen Äußerungsformen aus.

I. Anspruchsberechtigung von Unternehmen

Daß Ansprüche aus § 824 BGB nicht nur natürlichen Personen, sondern auch juristischen Personen in ihrer Funktion als Wirtschaftsunternehmen und Handelsgesellschaften insgesamt zustehen können, ist unzweifelhaft¹⁾. Die Frage nach der Ehrfähigkeit juristischer Personen taucht im Rahmen des § 824 BGB - im Gegensatz zu den Problemen bei §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. 185 ff StGB²⁾ - nicht auf. Wenn § 824 BGB auf die Gefährdung des Kredits und Nachteile für Erwerb und Fortkommen abstellt, wird deutlich, daß hier keine Herabwürdigung der Persönlichkeit erforderlich ist³⁾, sondern der wirtschaftliche Ruf insgesamt geschützt werden soll⁴⁾, der aber gerade für Wirtschaftsunternehmen gleich welcher Rechtsform von größter Bedeutung ist. § 824 BGB ist damit für die hier interessierende Fallgruppe der Kritik an gewerblichen Leistungen und Produkten einschlägig.

II. Begriff der Tatsachenbehauptung

§ 824 BGB bietet Rechtsschutz nur gegen unwahre Tatsachenbehauptungen. Die aufgrunddessen erforderliche Unterscheidung von anderen Äußerungsformen und die dazu heranzuziehenden Abgrenzungskriterien bereiten Schwierigkeiten und sind in Rechtsprechung und Literatur lebhaft umstritten:

1. Die Rechtsprechung sieht - wie schon geschildert⁵⁾ - den Gegensatz zur Tatsachenbehauptung im Werturteil und nimmt eine Tatsachenbehauptung an, wenn eine Äußerung objektiver

1) BGH NJW 1975, 1882; OLG Stuttgart, NJW 1976, 628 f; Jauernig-Teichmann, § 824, Anm. 1 c; Staudinger-Schäfer, § 824, Rdn. 2; Leßmann, AcP 170, 266 ff, 289; Hubmann, JZ 1975, 639.

2) Dazu s.o. S. 97 ff.

3) Erman-Drees, § 824, Rdn. 1.

4) Wenzel, Recht der Wort- und Bildberichterstattung, Rdn. 3.184, S. 127; Helle, Der Schutz der Persönlichkeit, der Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht, S.63 ff.

5) s.o. S. 21 ff.

Klärung zugänglich ist und dem Beweis offensteht¹⁾. Da aber auch Werturteilen Tatsachen zugrundeliegen können, es sich im Ergebnis bei komplexen Tatbeständen oft um derart vermischte Äußerungen handeln wird, fragt die Rechtsprechung danach, ob im Gesamteindruck der Tatsachen- oder Wertungscharakter überwiegt und lehnt deshalb die Annahme einer Tatsachenbehauptung ab, wenn der tatsächliche Gehalt einer Äußerung so substanzarm ist, daß er gegenüber der subjektiven Wertung in den Hintergrund tritt, so z.B. bei unsubstantiierten Urteilen und pauschalen Behauptungen²⁾. Insgesamt ist die Rechtsprechung von der Tendenz geleitet, den Begriff der Tatsachenbehauptung eng auszulegen und im Zweifel Werturteile anzunehmen, so insbes. auch bei der Veröffentlichung der Ergebnisse vergleichender Warentests³⁾.

2. Von einem Teil der Literatur - so insbes. Wenzel⁴⁾ - wird die von der Rechtsprechung vorgenommene Abgrenzung zwischen Tatsachenbehauptung und Werturteil kritisiert, da auch ein Werturteil Tatsachencharakter haben könne. Entscheidend habe deshalb immer zu sein, ob die streitige Äußerung angesichts des zugrundeliegenden Sachverhaltes wahr oder unwahr sei - dann Tatsachenbehauptung - oder ob sich angesichts des Sachverhaltes darüber streiten lasse - dann Meinungsäußerung⁵⁾.

3. Von der Logik her ist der Ansicht Wenzels nicht zu widersprechen, daß auch Werturteile richtig oder unrichtig sein können. Selbst ein Mitglied des für Ehrengeschützungen zuständigen VI. Zivilsenates des BGH mußte dies zugestehen⁶⁾. Dem Ansatzpunkt Wenzels ist also zuzustimmen, daß Tatsachen-

-
- 1) So z.B. BGHZ 3, 270 ff, 273 ("Constanze"); GRUR 1964, 162 ff, 163 ("Elektronenorgel").
 - 2) BGH JZ 1966, 28 f, 29 ("Billiger Schmarren"); BGHZ 45, 296 ff, 304 f ("Höllengeheißer"); BGH GRUR 1969, 555 ff, 557 ("Cellulitis").
 - 3) BGHZ 65, 325 ff, 329 f ("Warentest").
 - 4) Wenzel, GRUR 1970, 278 ff, 280 f; ders., Recht der Wort- und Bildberichterstattung, Rdn. 1.35 ff, S. 17 ff; kritisch auch Pärn, NJW 1979, 2544 ff.
 - 5) s.o. Fn. 4; vgl. auch schon die Ausführungen o. S. 41 f.
 - 6) Steffen, AfP 1979, 284 ff.

behauptung ist, was sich nach herrschendem Sprachgebrauch als eindeutig richtig oder falsch erweist und Meinungsäußerung, worüber dann noch gestritten werden kann¹⁾.

Wenzel geht jedoch fehl, wenn er das erkenntnistheoretische Problem der Wahl der richtigen Begriffe in den Vordergrund stellt. Entscheidend ist vielmehr die funktionale Frage, ob die Gerichte wirklich jede Äußerung bis auf den Grund ihrer Richtigkeit oder Unrichtigkeit prüfen müssen oder ob es nicht gerechtfertigt ist, den Kreis der Tatsachenbehauptungen eng zu ziehen und substanzlose und pauschale Äußerungen auch ohne nähere Prüfung als Meinungsäußerung anzuerkennen und damit aus dem Anwendungsbereich des § 824 BGB herausfallen zu lassen.

Da im Einzelfall auch durchaus zweifelhaft sein kann, ob eine Äußerung nach dem zugrundeliegenden Sachverhalt als richtig oder unrichtig bezeichnet werden kann, dieser herrschende Sprachgebrauch auch in Frage und zur Diskussion gestellt werden sollte²⁾, ist dem BGH zuzustimmen, wenn er für den Bereich des § 824 BGB den Begriff der Tatsachenbehauptung eng faßt, um der öffentlichen Kommunikation genügend Spielraum zu belassen³⁾. Die funktionale Unterscheidung von Tatsachenbehauptung und Meinungsäußerung durch den BGH ist von dem Bemühen geleitet, der verfassungsrechtlichen Aufgabe gerecht zu werden, sowohl die Bewegungsfreiheit des Kritikers zu gewährleisten wie auch einen ausreichenden Schutz des Kritisierten. Da zwar unwahre Behauptungen zu vermeiden sind, dagegen aber auch ungerechte Wertkritik den Prozeß der öffentlichen Meinungsbildung fördern und dem Schutz des Art. 5 GG unterliegen kann⁴⁾, gilt es, nur eindeutig unwahre Tatsa-

1) So auch Kübler, AcP 172, S. 177 ff, 199.

2) Ders., S. 199.

3) Zustimmend auch Baumbach-Hefermehl, §§ 14, 15 UWG, Rdn. 9; Kübler, AcP 172, S. 177 ff, 199; Andresen, Warentest, S. 215 f; Mertens in MünchK., § 824, Rdn. 12 ff; BGB-RGRK-Steffen, § 824, Rdn. 20.

4) Steffen, AfP 1979, 284 ff.

chenbehauptungen dem Verdikt des § 824 BGB zu unterwerfen, zweifelhafte Äußerungen aber eher dem Bereich der Meinungsäußerung zuzuordnen.

Mit dieser engen Auslegung des § 824 BGB hat der BGH erreicht, daß der gesamte Bereich wertender Aussagen, insbes. auch die praktisch wichtigen Beurteilungen bei Warentests, grundsätzlich dem Prüfungsmaßstab des § 824 BGB entzogen wird; er liegt damit auf einer Linie mit der Rechtsprechung des RG, das ebenfalls zur Gewährleistung öffentlicher Auseinandersetzungen fachwissenschaftliche Untersuchungen, mögen sie auch unhaltbar sein, nicht als Tatsachenbehauptungen angesehen hat¹⁾.

4. Die praktische Bedeutung dieser Abgrenzungsproblematik soll noch an einem Beispiel verdeutlicht werden:

In dem in der Einführung geschilderten "Fiat"-Fall des LG Kempten²⁾ hatte die klagende Firma u.a. die Äußerung des Beklagten beanstandet, sie "betrüge Kunden". Das Gericht verurteilte den Beklagten auch zur Unterlassung dieser Äußerung wegen Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb. Allerdings lassen die Urteilsgründe eine methodisch klare Prüfung vermissen: Das Gericht spricht in Bezug auf die beanstandete Äußerung sowohl von einer unrichtigen Behauptung als auch von einem rechtswidrigen Werturteil³⁾. Eine Abgrenzung und Einordnung findet nicht statt. § 824 BGB wird überhaupt nicht erwähnt, sondern alleiniger Prüfungsmaßstab ist das Recht am Gewerbebetrieb, auch wenn die Äußerung teilweise als unrichtige Behauptung bezeichnet wird.

Zunächst hätte hier die Frage gestellt werden müssen, ob es sich um eine dem Anwendungsbereich des § 824 BGB unterfallende Tatsachenbehauptung handelte oder um eine Meinungsäußerung, die jedenfalls anhand eines anderen Maßstabes zu prüfen gewesen wäre. Würde man dabei der Meinung Wenzels

1) z.B. RGZ 84, 294 ff, 296.

2) LG Kempten, BB 1973, 163 f; vgl. dazu o. S. 3 f.

3) BB 1973, 164.

folgen, müßte im einzelnen geprüft werden, ob die Äußerung von den zugrundeliegenden Tatsachen gedeckt war; je nachdem würde sich die Äußerung als unwahre oder wahre Tatsachenbehauptung oder, wenn eine klare Beurteilung nicht erfolgen könnte, als Meinungsäußerung darstellen.

Der BGH hätte dagegen die Äußerung kaum als Tatsachenbehauptung i.S.v. § 824 BGB gewertet: Die Äußerung erfolgte pauschal ohne nähere Angabe von Tatsachen; die subjektive Wertung stand bei ihr ganz im Vordergrund; es war klar, daß der Vorwurf des Betruges durch einen Laien untechnisch provozierend, jedenfalls als subjektive Meinungsäußerung gedacht war. Eine solche Beurteilung ist auch im Gegensatz zu der von Wenzel geforderten Vorgehensweise sach- und interessen-gerecht. Es wäre nicht angemessen, die Aussage als unwahre Tatsachenbehauptung i.S.v. § 824 BGB anzusehen, wenn sich herausstellte, daß die Tatsachen den Vorwurf des Betruges im technisch-juristischen Sinn nicht rechtfertigten, da doch die subjektive Färbung bei dieser Äußerung, d.h. ihr Gebrauch als provokatives Reizwort, klar erkennbar war¹⁾.

Festzuhalten bleibt deshalb: Die Annahme einer Tatsachenbehauptung i.S.v. § 824 BGB hat mit der Rechtsprechung nur restriktiv zu erfolgen. Im Zweifel handelt es sich z.B. bei pauschalen substanzarmen Äußerungen, bei denen der Tatsachegehalt gegenüber der subjektiven Wertung völlig in den Hintergrund tritt, um Meinungsäußerungen, die dem Schutz des Art. 5 GG unterliegen können und die deshalb nicht wie bei § 824 BGB ohne weitere Voraussetzungen sanktioniert werden können. Sie können vielmehr nur unter strengeren Voraussetzungen, nämlich nach der Rechtsprechung bei Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb und nach der hier vertretenen Ansicht bei Verletzung unternehmensschützender Verkehrspflichten als Schutzgesetzen unzulässig sein.

1) Für eine Einstufung als Meinungsäußerung auch Nettesheim, BB 1976, 18 f, 19; ähnlich den wertenden Charakter betonend Andresen, JZ 1973, 518 f, 519.

III. Kriterium der Betroffenheit

1. Ein weiterer Ansatzpunkt zur Gewährleistung eines freien Prozesses öffentlicher Meinungsbildung und zur effektiven Geltung des Grundrechts der Meinungsfreiheit ist das von der Rechtsprechung anlässlich des geschilderten "Elektronenorgel"-Falles¹⁾ entwickelte Betroffenheitskriterium²⁾:

Wenn der BGH seitdem allgemeine Systemvergleiche und Marktberichte aus dem Anwendungsbereich des § 824 BGB ausnimmt und eine Anspruchsberechtigung nur anerkennt, wenn jemand von einer Kritik unmittelbar und individuell betroffen ist, d.h. wenn er ausdrücklich genannt ist oder sich sein Betroffensein jedenfalls eindeutig aus den Umständen ergibt³⁾, so kann dem nur zugestimmt werden⁴⁾. Würde man jedem auch nur mittelbar von einer Kritik Betroffenen einen Anspruch aus § 824 BGB eröffnen, so würden allgemeine Diskussionen über den Nutzen bestimmter Arten von Produkten und damit über die technische Entwicklung und Fortschritt insgesamt mit unerträglichen Haftungsrisiken belastet.

Ein weitergehendes Schutzbedürfnis zur Gewährung zumindest von Widerrufs und Gegendarstellungsansprüchen ist zugunsten von nur mittelbar von einer Kritik Betroffenen nicht anzuerkennen: Diesen interessierten wirtschaftlichen Kreisen ist es zuzumuten, sich selbst an einer solchen allgemeinen Diskussion zu beteiligen und ihre gegenteilige Ansicht auf dem Forum der öffentlichen Meinung darzustellen, zumal gerade auch sie meist die Mittel dazu haben. Solange sie jedenfalls von einer - auch unberechtigten - Kritik nicht unmittelbar angesprochen werden, wäre es nicht gerechtfertigt,

1) BGH GRUR 1964, 162 ff; zum Sachverhalt s.o. S. 6.

2) Dazu schon o. S. 23 f.

3) So auch BGH JZ 1966, 26 f, 27 ("Schwacke-Bericht"); GRUR 1967, 540 ff, 542 ("Nächte der Birgit Malmström").

4) Zustimmend auch das überwiegende Schrifttum: Deutsch, JZ 1964, 510 f; ders., Festschrift für Klingmüller, S. 49 ff, 54 f; Neumann-Duesberg, NJW 1968, 81 ff, 82 f; Staudinger-Schäfer, § 824, Rdn. 9; kritisch Reimer, GRUR 1964, 164 f.

ihnen andererseits selbst unmittelbar Ansprüche gegen einen Kritiker zu gewähren.

2. Und noch in einer anderen Richtung bedarf der Tatbestand des § 824 BGB einer einschränkenden Auslegung: Sie ergibt sich aus dem Erfordernis, daß die beanstandete Äußerung geeignet sein muß, den Kredit eines anderen zu gefährden bzw. Nachteile für Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen. Eine solche Eignung einer Behauptung ist aber nur gegeben, wenn der sie Äußernde damit an die Öffentlichkeit tritt, sei es durch Beteiligung an einer öffentlichen Diskussion, durch Herantreten an die Medien z.B. mittels eines Leserbriefes oder durch publicity-wirksame Aktionen, jedenfalls durch Verbreiten der Äußerung nach außen. Das heißt andererseits aber, daß eine Äußerung dann nicht tatbestandsmäßig i.S.d. § 824 BGB ist, wenn sie in einem internen Kreis gemacht wird, bei dem der sie Äußernde darauf vertrauen kann, daß sie nicht in die Öffentlichkeit dringt. Aufgrunddessen ist insbes. eine Äußerung im engen Familienkreis schon nicht tatbestandsmäßig i.S.v. § 824 BGB; auf eine Rechtfertigung durch Wahrnehmung berechtigter Interessen braucht dann gar nicht zurückgegriffen zu werden¹⁾.

Zu weit dürfte es aber gehen, generell die Tatbestandsmäßigkeit jeder im einfachen Gespräch geäußerten Kritik zu verneinen²⁾. Entscheidend sollte für die Abgrenzung sein, ob im Einzelfall die Behauptung in einem ähnlich internen Kreis wie der Familie geäußert wird, so daß ebenso nicht von einer Äußerung nach außen gesprochen werden kann.

1) Palandt-Thomas, § 824, Anm. 6 a.

2) So aber im Ergebnis wohl Kübler, AcP 172, S. 177 ff, 198 und Andresen, Warentest, S. 205 f. Dagegen auch Soergel-Zeuner, § 824, Rdn. 11 und Erman-Drees, § 824, Rdn. 8.

IV. Haftungsausschluß nach § 824 Abs. 2 BGB

Probleme wirft schließlich innerhalb des Anwendungsbereiches des § 824 BGB der in Abs. 2 geregelte Haftungsausschluß bei Wahrnehmung berechtigter Interessen auf, der eingreift, wenn dem Mitteilenden die Unwahrheit der Mitteilung unbekannt ist. Daß die Unkenntnis von der Unwahrheit der Mitteilung auf Fahrlässigkeit beruht, kann an sich nach der Systematik des § 824 BGB die Anwendung des § 824 Abs. 2 BGB nicht hindern: Wenn dem Mitteilenden nämlich hinsichtlich der Unwahrheit nicht einmal Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist, fehlt es schon an der Verschuldensvoraussetzung des Abs. 1, so daß insoweit für einen besonderen Haftungsausschluß nach Abs. 2 gar kein Raum bleibt.

§ 824 Abs. 2 BGB ist damit gerade im Fall fahrlässiger Unkenntnis von Bedeutung¹⁾, d.h. nach der Systematik des § 824 Abs. 2 BGB ist eine Wahrnehmung berechtigter Interessen insbesondere dann zu prüfen, wenn der Mitteilende die Unwahrheit einer geäußerten Tatsache aus Fahrlässigkeit nicht kannte.

1. Demgegenüber setzt sich die Rechtsprechung über den Wortlaut der Bestimmung hinweg und macht den Haftungsausschluß des § 824 Abs. 2 BGB von der Voraussetzung abhängig, daß der Mitteilende nicht schuldhaft durch Vernachlässigung seiner Sorgfalts- und Informationspflichten die Unwahrheit der Behauptung verkannt hat²⁾. Der fahrlässig Handelnde soll also nicht in den Genuß des Haftungsausschlusses nach § 824 Abs. 2 BGB kommen. Eine derartige Auslegung des § 824 Abs. 2 BGB widerspricht ganz offensichtlich den geschilderten Haftungsvoraussetzungen des § 824 BGB. Ist nämlich die erforderliche Sorgfalt hinsichtlich Information und Kenntniser-

1) Soergel-Zeuner, § 824, Rdn. 23; Staudinger-Schäfer, § 824, Rdn. 4.

2) z.B. BGH GRUR 1966, 633 ff, 635 ("Teppichkehrmaschine"); GRUR 1969, 555 ff, 558 f ("Cellulitis") und 624 ff, 627 f ("Hormoncreme"); vgl. dazu auch schon o. S. 25 f.

langung eingehalten, fehlt es schon am Merkmal der Fahrlässigkeit in § 824 Abs. 1 BGB. Soll § 824 Abs. 2 BGB überhaupt noch einen Anwendungsbereich erhalten, darf nicht bei sorgfaltswidriger Unkenntnis der Unwahrheit generell die Wahrnehmung berechtigter Interessen ausgeschlossen werden¹⁾. Die Auslegung des § 824 Abs. 2 BGB hat deshalb in anderer Weise zu erfolgen.

2. Allerdings kann dabei Wenzels Ansicht, der Haftungsausschluß des § 824 Abs. 2 BGB sei auf öffentliche Äußerungen nicht anwendbar, sondern solle nur interne Äußerungen vom Haftungsrisiko befreien²⁾, nicht gefolgt werden. Für eine derartige Interpretation gibt das Gesetz keinerlei Anhalt. Zudem ist es nicht gerechtfertigt, bei öffentlichen Äußerungen, auch wenn sie unwahr sind, generell die Möglichkeit berechtigter Interessenwahrnehmung auszuschließen³⁾.

3. Wenn die Rechtsprechung den Ausschluß der Haftung nach § 824 Abs. 2 BGB von der Einhaltung von Sorgfaltspflichten abhängig macht, so ist zwar richtig, daß im Strafrecht die Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB) auch von der Erfüllung von Informationspflichten abhängt⁴⁾. Diese Voraussetzung kann aber nicht unbesehen auf die anders strukturierte Privilegierung des § 824 Abs. 2 BGB übernommen werden, denn hier darf die Wahrnehmung berechtigter Interessen nicht von einem solchen Sorgfaltsmaßstab abhängig gemacht werden, daß schon die Voraussetzungen des § 824 Abs. 1 BGB entfielen und dem § 824 Abs. 2 BGB damit jeder Anwendungsbereich entzogen wäre.

Andererseits kann aber auch nicht verkannt werden, daß bei der für die Wahrnehmung berechtigter Interessen erforderli-

1) Soergel-Zeuner, § 824, Rdn. 23; Wenzel, GRUR 1966, 636; ders., Recht der Wort- und Bildberichterstattung, Rdn. 3.194, S. 130; Deutsch, JZ 1967, 95 f.; Andresen, Waren-test, S. 110; vgl. auch schon o. S. 42 f.

2) So Wenzel, GRUR 1966, 636; ders., Recht der Wort- und Bildberichterstattung, Rdn. 3.197 f, S. 131.

3) Gegen Wenzel auch v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 38.

4) BGHSt 14, 48 ff, 51; Dreher-Tröndle, § 193 StGB, Rdn.8.

chen Interessenabwägung subjektive Elemente durchaus ihre Berechtigung haben. Das Interesse an einer Mitteilung ist umso höher zu veranschlagen, als sich der Mitteilende von ihrer Richtigkeit überzeugt hat. Wenn damit auch subjektive Verschuldenselemente für die Wahrnehmung berechtigter Interessen von Bedeutung sind, ist § 824 Abs. 2 BGB jedoch so auszulegen, daß normale (§ 824 Abs. 1 BGB) und privilegierte (§ 824 Abs. 2 BGB) Haftung nicht identischen Voraussetzungen unterliegen, d.h. daß der in § 824 Abs. 1 BGB vorausgesetzte Sorgfaltsmaßstab nicht dem des § 824 Abs. 2 BGB entspricht¹⁾. Die Prüfungspflicht in § 824 Abs. 2 BGB darf deshalb nicht so weit ausgedehnt werden, daß bereits die in § 824 Abs. 1 BGB vorausgesetzte Fahrlässigkeit zur Unanwendbarkeit des § 824 Abs. 2 BGB führen würde²⁾. Mit einem gegenüber § 824 Abs. 1 BGB restringierten Sorgfaltsmaßstab kommt man deshalb zu einer gesetzeskonformen Auslegung des § 824 Abs. 2 BGB. Dabei sollte für die Wahrnehmung berechtigter Interessen kein bestimmter Verschuldensmaßstab festgelegt werden, sondern je nach Inhalt und Verbreitung der Behauptung sollte es zulässig sein, die Sorgfaltsanforderungen entsprechend den Umständen des Einzelfalles zu ermäßigen³⁾.

Überträgt man diesen Gedanken auf den Problemkreis der unternehmensschädigenden Äußerungen durch einzelne Verbraucher, so lassen sich in etwa folgende Entscheidungsmaßstäbe aufstellen:

a. Werden unwahre Behauptungen, deren Unwahrheit dem Mitteilenden nicht bekannt ist, im einfachen Gespräch von Person zu Person verbreitet, sollte man angesichts des geringen Öffentlichkeitscharakters solcher Äußerungen die Wahrnehmung berechtigter Interessen nicht von der Erfüllung bestimmter Sorgfaltsanforderungen abhängig machen⁴⁾. Wer die Unwahrheit

1) Soergel-Zeuner, § 824, Rdn.25; Deutsch, JZ 1967, 95 f, 96.

2) Soergel-Zeuner, § 824, Rdn. 25.

3) Deutsch, JZ 1967, 95 f, 96; Soergel-Zeuner, § 824, Rdn.25.

4) Anders Deutsch, JZ 1967, 95 f, 96, der in solchen Fällen den Maßstab grober Fahrlässigkeit gelten lassen möchte.

einer Mitteilung - sei es auch aus Fahrlässigkeit - nicht kennt, sollte sich zumindest im Bereich des einfachen privaten Gespräches stets auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen berufen können¹⁾. Insoweit erscheint nämlich das Interesse des Bürgers an freier Rede und von deliktsrechtlichen Schranken befreiter privater Kommunikation gegenüber dem Sanktionsinteresse des Betroffenen größer. Dieses Ergebnis wird noch plausibler, wenn man bedenkt, daß § 824 Abs. 2 BGB nur die Verpflichtung zum Schadenersatz ausschließt, den Anspruch des Betroffenen auf Unterlassung und Widerruf der unwahren Behauptung jedoch unberührt läßt²⁾.

b. Anders hat die Interessenwertung aber zu erfolgen, wenn der Verbraucher eine geschäftsschädigende Behauptung in der Öffentlichkeit verbreitet, sei es mittels eines Leserbriefes, der Information von Massenmedien oder mit einer publicity-wirksamen Aktion. Hier wird man die Wahrnehmung berechtigter Interessen, nämlich das Interesse an der Information der Öffentlichkeit von bestimmten Mißständen, nicht ohne Berücksichtigung der Einhaltung gewisser Sorgfaltsanforderungen anerkennen können. Wer bewußt eine möglicherweise geschäftsschädigende Behauptung in die Öffentlichkeit trägt, sollte sich nicht ohne Einhaltung einer gewissen Pflicht zur Überprüfung der Wahrheit der Behauptung auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen berufen können. Allerdings schließt nach dem oben schon Gesagten nicht jede fahrlässige Unkenntnis der Unwahrheit schon die Wahrnehmung berechtigter Interessen aus. Angemessen dürfte sein, einen Haftungsaus-schluß nach § 824 Abs. 2 BGB abzulehnen, wenn leichtfertig³⁾, grob fahrlässig unwahre Behauptungen in der Öffentlichkeit

1) Im Ergebnis ebenso Andresen, Warentest, S. 112; Kübler, AcP 172, S. 177 ff., 198; auch der BGH hatte einmal die Berufung auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen trotz grober Fahrlässigkeit zugelassen: BGH LM Nr. 3 zu § 826 BGB (Gb).

2) Erman-Drees, § 824, Rdn. 16; Reinhardt, Festschrift für H. Lange, S. 195 ff., 204 ff. Auch diese Ansprüche entfallen aber, sieht man z.B. Äußerungen im engen Familienkreis schon nicht als tatbestandsmäßig an: vgl. o. S. 124.

3) So auch schon einmal der BGH in einer Strafsache: BGH NJW 1952, 194.

verbreitet werden, wenn also der Eindruck entstehen muß, daß sich der Verfasser gar nicht um Wahrheit bemüht hat. Eines schärferen Sorgfaltsmaßstabes bedarf es nicht, denn zu einem hat der einzelne Verbraucher im Regelfall anders als z.B. die Massenmedien nicht die Möglichkeiten zur Überprüfung der Wahrheit einer Behauptung und zum anderen entsteht in der Öffentlichkeit bei einer Behauptung durch eine Privatperson auch nicht der unbedingte Eindruck der Richtigkeit einer Mitteilung, den z.B. Presse oder Fernsehen aufgrund ihrer Informationsmöglichkeiten für sich verbuchen können, so daß bei ihnen auch strengere Sorgfaltsmaßstäbe anzulegen sind.

Bei einer solchen Gewichtung der Verschuldensvoraussetzungen dürften sowohl die Interessen des Mitteilenden an einer Verbreitung seiner Behauptung und an einem ausreichenden Freiraum für private und öffentliche Kommunikation als auch die Ausgleichsinteressen der von einer Mitteilung Betroffenen genügend berücksichtigt sein. Letztendlich handelt es sich dabei auch um eine gesetzeskonforme Auslegung des § 824 Abs. 2 BGB.

V. Ergebnis

Die entscheidenden Merkmale eines Haftungsrisikos aus § 824 BGB seien noch einmal kurz zusammengefaßt:

- Der Begriff der Tatsachenbehauptung in § 824 Abs. 1 BGB ist eng auszulegen; in Zweifelsfällen ist eher eine dem Schutz des Art. 5 GG unterfallende Meinungsäußerung anzunehmen.
- Nur solche Behauptungen unterfallen § 824 BGB, die unmittelbar einen bestimmten Betroffenen erkennen lassen.
- Gespräche im internen Kreis wie der Familie sind schon nicht tatbestandsmäßig i.S.v. § 824 Abs. 1 BGB.
- Auch wer aus Fahrlässigkeit die Unwahrheit einer Behauptung nicht kennt, darf sich grundsätzlich auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen berufen, wenn er nicht leichtfertig unwahre Behauptungen in der Öffentlichkeit verbreitet.

B. HAFTUNG FÜR WAHRE TATSACHENBEHAUPTUNGEN

I. Problemstellung

Ausgehend von der gesetzlichen Regelung, daß die Behauptung und Verbreitung unwahrer Tatsachen unter den Voraussetzungen des § 824 BGB unzulässig ist, könnte man im Wege des Umkehrschlusses aus § 824 BGB annehmen, die Äußerung wahrer Tatsachen sei demgegenüber generell erlaubt und vom Grundrecht des Art. 5 GG gedeckt¹⁾.

1. Dieser vom Grundsatz her richtigen These folgt der BGH aber nicht ohne Einschränkungen: In einigen Entscheidungen hat er auch in der Verbreitung wahrer Behauptungen einen rechtswidrigen Eingriff in das Recht am Gewerbebetrieb gesehen, so bei einer Eintragung in eine Kreditschutzliste als "langsamer Zahler" ohne genügende Berücksichtigung von Schuldenhöhe und Verzugsgründen²⁾ oder bei der Verbreitung eines unbegründeten Konkursantrages in der Öffentlichkeit³⁾. Nach der vom BGH vorgenommenen Interessenabwägung ist eine wahrheitsgemäße Berichterstattung dann ausnahmsweise rechtswidrig, wenn die rechtsverletzenden Äußerungen nach Inhalt, Form und Begleitumständen nicht das gebotene und notwendige Mittel zur Erreichung des rechtlich gebilligten Zweckes darstellen⁴⁾.

Daß wahre Behauptungen ausnahmsweise unzulässig sein können, entspricht auch der herrschenden Ansicht im Schrifttum⁵⁾.

1) So ein Teil der Lit.: Völp, WuW 1956, 31 ff, 40; Rinck, BB 1963, 1027 ff, 1028; Weitnauer, DB 1963, 55 ff, 57; Keller, Der Warentest in der Rechtsordnung, S. 31; Gallwas, Der Mißbrauch von Grundrechten, S. 61.

2) BGHZ 8, 142 ff.

3) BGHZ 36, 18 ff.

4) So BGH GRUR 1970, 465 f ("Prämixe"); demgegenüber ging BGHZ 8, 142 noch vom Erfordernis der "größtmöglichen Schonung" aus.

5) Soergel-Zeuner, § 823, Rdn. 83; Staudinger-Schäfer, § 824, Rdn. 72; Mertens in MünchK., § 823, Rdn. 506; Fikentscher, SchuldR., § 103 II 1 a, S. 636; Buchner, Gewerbebetrieb, S. 219 ff; v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 51; a.A. etwa Kübler, AcP 172, S. 177 ff, 196.

2. Im folgenden soll mit Blick auf das spezielle Thema der Kritik durch einzelne Verbraucher untersucht werden, ob und in welchen Grenzen dem Verbreiten wahrer Tatsachen wirklich deliktsrechtliche Schranken zu setzen sind.

In jedem Fall ist aber zunächst zu klären, ob eine beanstandete Äußerung wirklich den Charakter einer wahren Tatsachenbehauptung hat: So kann auch eine an sich richtige Tatsache durch den Zusammenhang, in dem sie verbreitet wird, als Verfälschung oder Entstellung der Wahrheit angesehen werden; dann hat man es aber mit einer wahrheitswidrigen Äußerung zu tun, deren Beurteilung sich nach § 824 BGB richtet¹⁾. Andererseits ist stets zu prüfen, ob eine Äußerung, die auch einen Tatsachenkern enthält, nicht doch insgesamt wegen ihres wertenden oder pauschalen Charakters als Meinungsäußerung und nicht als Tatsachenbehauptung angesehen werden muß²⁾, so daß Prüfungsmaßstab die noch im einzelnen zu erarbeitenden Grundsätze der Schutzgesetzverletzung sind.

Hat man in dieser Weise eine Abgrenzung vorgenommen, so werden für die Praxis nicht viele problematische Äußerungen übrig bleiben, die trotz Wahrheitsgehaltes wegen Geschäftsschädigung zur Beanstandung Anlaß geben und deren deliktsrechtliche Einordnung zu erfolgen hat.

II. Mögliche Haftungsnormen

1. § 824 BGB

Als Prüfungsmaßstab zur Beurteilung wahrer Behauptungen ist zunächst § 824 BGB, die Haftung für unwahre Tatsachenbehauptungen, auszuschneiden. Diese Bestimmung auf die Fälle des Verbreitens wahrer Äußerungen analog anzuwenden, verbietet sich methodisch. Ein Analogieschluß zur Ausfüllung einer Ge-

1) Buchner, Gewerbebetrieb, S. 219; Soergel-Zeuner, § 824, Rdn. 12; Simon, NJW 1979, 265.

2) Zur Abgrenzung vgl. o. S. 118 ff.

setzeslücke ist dann unzulässig, wenn das Gesetz eine bestimmte Frage abschließend und erschöpfend hat regeln wollen, in den Fällen also, in denen das Schweigen des Gesetzes "beredt" ist¹⁾. Um einen solchen Fall handelt es sich bei der Bestimmung des § 824 BGB: Wenn diese Norm nur die Haftung für die Verbreitung unwahrer Behauptungen regelt, liegt in der Nichtnormierung der Verbreitung wahrer Behauptungen keine ausfüllbare gesetzliche Lücke, sondern die strengen Haftungsfolgen des § 824 BGB sollen bewußt und abschließend gerade nur bei unwahren Tatsachenbehauptungen eingreifen; auf wahre, von Art. 5 GG gedeckte Äußerungen kann deshalb § 824 BGB nicht analog angewendet werden²⁾.

2. Grundsätze der Schutzgesetzverletzung

Die Rechtsprechung beurteilt wahre Äußerungen nach den Grundsätzen des Rechts am Gewerbebetrieb gemäß § 823 Abs. 1 BGB und unterwirft sie einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung³⁾.

Da nach der hier vertretenen Ansicht das Institut des Rechts am Gewerbebetrieb insgesamt abzulehnen ist⁴⁾, stellt sich die Frage, ob auf dem vom Verfasser vorgeschlagenen Weg, gewerbeschädigende Äußerungen durch die Entwicklung richterlicher Verhaltensnormen als Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB zu erfassen⁵⁾, eine Ahndung auch wahrer Tatsachenbehauptungen möglich ist.

a. Gesetzlicher Anhaltspunkt für die Herausbildung der entscheidenden Verkehrspflichten bei unternehmensschädigenden Äußerungen waren die Grundsätze der strafrechtlichen Belei-

1) Larenz, Methodenlehre, S. 354.

2) Eine solche Analogie wird auch nicht vertreten; allerdings finden sich in der Lit. Stimmen, die auf unternehmensschädigende Werturteile § 824 BGB analog anwenden wollen: Völp, WuW 1956, 31 ff, 36; Körner, Der Rechtsschutz des Unternehmens nach § 823 Abs.1 BGB, S. 83 ff.

3) BGHZ 8, 142 ff; 36, 18 ff; BGH GRUR 1970, 465 f.

4) s.o. S. 86 ff.

5) s.o. S. 93 ff.

digungsvorschriften der §§ 185 ff StGB. Zur Gewährleistung eines effektiven Unternehmensschutzes wurden sie dahingehend fortentwickelt, daß über die eigentlich ehrverletzenden Äußerungen hinaus auch andere, nur das geschäftliche Ansehen schädigende Äußerungen als mögliche Schutzgesetzverletzungen i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB anzusehen seien¹⁾.

Erweitert wurde für das Zivilrecht also die Schutzsphäre, wohingegen der Ausgangspunkt der Ehrschutzdelikte, nämlich Kundgabe von Nicht- oder Mißachtung²⁾, unangetastet blieb. Dies ist zu beachten, wenn die Frage gestellt wird, ob auch wahre Tatsachenbehauptungen nach diesen Grundsätzen geahndet werden sollten. Für das Strafrecht ist aber anerkannt, daß die Kundgabe einer Mißachtung nicht in einer wahren Tatsachenbehauptung liegen kann, d.h. die Unwahrheit einer Behauptung ist unabdingbares Tatbestandsmerkmal des § 185 StGB³⁾. Dieser Auslegungsgrundsatz sollte auch für die zivilrechtliche Beurteilung beibehalten werden. Anders als bei der Ausweitung des Schutzbereiches auf geschäftsschädigende Werturteile besteht nämlich hier kein Grund, im Wege der Rechtsfortbildung auch einen Schutz gegen die Behauptung wahrer Tatsachen zu gewähren. Eine Schutzwürdigkeit und -bedürftigkeit des Unternehmens gegenüber der Verbreitung wahrer, wenn auch nachteiliger Tatsachen kann nicht in dem Maße wie gegen unangemessen schädigende Werturteile anerkannt werden.

b. Dieses Ergebnis läßt sich auch mit systematischen Erwägungen begründen: Sieht man in § 824 BGB eine abschließende Regelung für geschäftsschädigende Tatsachenbehauptungen⁴⁾, so verbietet sich nicht nur eine analoge Anwendung des § 824 BGB auf wahre Behauptungen, sondern unzulässig ist

1) s.o. S. 111 ff.

2) BGHSt 1, 288 ff, 289; Dreher-Tröndle, § 185 StGB, Rdn. 7.

3) Schönke/Schröder-Lenckner, § 185 StGB, Rdn. 3.

4) s.o. S. 131 f.

es dann auch, einen derartigen Rechtsschutz durch Fortbildung anderer Vorschriften, sei es im Rahmen des § 823 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB, zu gewähren¹⁾.

Die Verbreitung wahrer Tatsachen kann also deliktsrechtlich nicht mit der Kategorie der Schutzgesetzverletzung i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB erfaßt werden.

3. § 826 BGB

Bleibt als mögliche Anspruchsgrundlage für eine Ahndung wahrer Behauptungen der Tatbestand der sittenwidrigen Schädigung, § 826 BGB. Mit Hilfe dieser Generalklausel als Auffangtatbestand des Deliktsrechts²⁾ lassen sich alle Formen besonders anstößiger Vermögensschädigungen erfassen. Grundsätzlich kann deshalb auch das Verbreiten wahrer Behauptungen unter § 826 BGB fallen, wenn es eben als sittenwidrige Schädigung zu qualifizieren ist³⁾.

a. Diese Arbeit bietet keinen Raum, eine Klärung des immer noch sehr umstrittenen Begriffs der Sittenwidrigkeit⁴⁾ zu versuchen; nur soviel sei gesagt: Mit der alten Formel der Rechtsprechung, daß das "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden"⁵⁾ verletzt sein müsse, ist nicht viel anzufangen; sie ist kaum mehr als eine Leerformel⁶⁾. Entscheidend ist die Begriffsausfüllung im Einzelfall, die von der Rechtsprechung zu Recht durch eine alle Umstände

1) Ebenso Weitnauer, DB 1963, 55 ff, 57, der in der Beurteilung wahrer Behauptungen nach dem Recht am Gewerbebetrieb eine unzulässige "Normerschleichung" sieht.

2) Larenz, SchuldR. BT, § 72 IV, S. 637 ff; Soergel-Knopp, § 826, Rdn. 1.

3) Für § 826 BGB als Beurteilungsmaßstab bei wahren Behauptungen auch Kübler, AcP 172, S. 177 ff, 196; Wenzel, GRUR 1970, 278 ff, 284; Rinck, BB 1963, 1027 ff, 1028.

4) Aus der neueren Lit. vgl. Arzt, Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, 1962; Wieacker, JZ 1961, 337 ff; Steindorff in: summum ius summa iniuria, S. 58 ff; Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, 1971.

5) RGZ 48, 114 ff, 124 f; BGH NJW 1957, 587.

6) Jauernig-Teichmann, § 826, Anm. 2 a; Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, S. 13 ff.

des Einzelfalles umfassende Gesamtwürdigung vorgenommen wird¹⁾. Dabei kann sich die Sittenwidrigkeit insbes. aus dem verfolgten Zweck, den angewandten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung, den angerichteten Folgen oder aus der Verknüpfung für sich allein nicht zu beanstandender Umstände ergeben²⁾. Aus der umfangreichen Rechtsprechung haben sich dabei im Laufe der Zeit Fallgruppen mit typischen Merkmalen herausgebildet, die zwar die Einzelabwägung nicht ersetzen können, aber eine Orientierungshilfe für die Konkretisierung bieten³⁾.

b. Innerhalb der Fallgruppe der Schadensstiftung durch Auskünfte und andere Mitteilungen ist anerkannt, daß auch wahre Auskünfte sittenwidrig sein können⁴⁾, wobei sich das Unwerturteil darauf gründet, daß rücksichtslos oder leichtfertig über Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen hinweggegangen wird⁵⁾. Auch für den wirtschaftlichen Bereich hat der BGH dabei schon entschieden, daß die Mitteilung ungünstiger wahrer Tatsachen an den Kreditgeber eines Dritten sittenwidrig sein kann, wenn sie ohne eigenes Interesse zum Zweck der Schadenzufügung erfolgt. Der Schadenersatzanspruch könne sowohl entstehen, wenn der mit der Mitteilung verfolgte Zweck sittenwidrig ist als auch, wenn der durch die Mitteilung zugefügte Schaden ganz außer Verhältnis zu dem Nutzen steht, den der Mitteilende erwarten kann⁶⁾.

Im wirtschaftlichen Bereich wird also vom BGH als Prüfungsmaßstab § 826 BGB herangezogen, wenn Privatleute durch eine

-
- 1) RGZ 140, 184 ff, 190; 148, 48 ff, 52; Soergel-Knopp, § 826, Rdn. 21; Erman-Drees, § 826, Rdn. 11; Mertens in MünchK., § 826, Rdn. 41.
 - 2) BGH VersR 1965, 849 ff, 852; Palandt-Thomas, § 826, Anm. 2 d; Staudinger-Schäfer, § 826, Rdn. 44 f.
 - 3) Erman-Drees, § 826, Rdn. 23; Jauernig-Teichmann, § 826, Anm. 2 a; Staudinger-Schäfer, § 826, Rdn. 88.
 - 4) RGZ 115, 416 ff; Palandt-Thomas, § 826, Anm. 8 c; Staudinger-Schäfer, § 826, Rdn. 264 ff; Erman-Drees, § 826, Rdn. 65.
 - 5) Soergel-Knopp, § 826, Rdn. 144.
 - 6) BGH LM Nr. 2 zu § 826 BGB (Gc).

wahre Mitteilung geschädigt werden und das Recht am Gewerbebetrieb, wenn Unternehmen oder Gewerbetreibende davon betroffen sind. Demgegenüber erscheint es auch systematisch sinnvoller, wahre Behauptungen einheitlich am Maßstab des § 826 BGB zu prüfen. Zum einen wird dadurch deutlich gemacht, daß wahre Mitteilungen nur unter ganz besonderen Umständen deliktsrechtlich relevant sein können und zum anderen wird damit eine Parallelität zu § 824 BGB hergestellt, der ebenfalls einheitlich bei unwahren Tatsachenbehauptungen im wirtschaftlichen Bereich eingreift, gleich ob nun eine Privatperson oder ein Unternehmen davon geschädigt werden.

III. Kriterien der Sittenwidrigkeit

Steht der methodische Ausgangspunkt fest, so erhebt sich die Frage, welche Umstände im Einzelfall auftreten müssen, damit wahrheitsgemäße Mitteilungen über wirtschaftliche Angelegenheiten, die von Privatpersonen, insbes. als Verbraucher, gemacht werden, als sittenwidrig bezeichnet werden können.

1. Geht man davon aus, daß sich Verbraucher im Regelfall über ihre Erfahrungen mit bestimmten Produkten oder über Geschäftspraktiken bestimmter Unternehmen äußern werden, so ist an sich kaum vorstellbar, daß solche Mitteilungen, wenn sie der Wahrheit entsprechen, sittenwidrigen Charakter haben könnten. Selbst wenn ein Verbraucher etwa mit seinen Äußerungen beabsichtigt, potentielle Käufer eines Produkts von einem Kaufentschluß abzubringen, liegt darin doch keine sittenwidrige Schädigung des betroffenen Unternehmens. Das berechnete Interesse des Verbrauchers, die Öffentlichkeit z.B. über die Nachteile eines Produkts oder das Geschäftsgebaren eines Unternehmens wahrheitsgemäß zu informieren, schließt die Annahme einer sittenwidrigen Schädigung aus, selbst wenn diese Äußerungen etwa schwerwiegende Auswirkungen auf den Absatz des Unternehmens haben. Dem Verbraucher muß es unbenommen bleiben, über seine Erfahrungen mit Produkten und gewerblichen Leistungen wahrheitsgemäß zu

berichten¹⁾. Im Wirtschaftsleben stehende Personen oder Unternehmen dürfen nicht erwarten, daß ihre wirtschaftlichen Leistungen aus dem öffentlichen Kommunikationsprozeß ausgenommen bleiben, sondern müssen öffentliche Kritik, jedenfalls soweit es sich um wahrheitsgemäße Äußerungen handelt, hinnehmen²⁾.

2. Sittenwidrigen Charakter können auch wahrheitsgemäße Äußerungen aber dann erfahren, wenn sie ohne eigenes Interesse nur zum Zwecke der Schadenszufügung gemacht werden. Hinzukommen muß dabei jedoch ein berechtigtes Interesse des Betroffenen daran, daß diese Tatsache nicht verbreitet wird³⁾. Solche besonders qualifizierten Umstände dürften bei wahrheitsgemäßen Äußerungen durch einzelne Verbraucher jedoch kaum einmal vorliegen. Das liegt schon daran, daß derartige geheimhaltungswürdige Tatsachen dem einzelnen Verbraucher selten zugänglich sein dürften. Das berechnete Interesse, z.B. Geschäftsinterna nicht an die Öffentlichkeit gelangen zu lassen, wird deshalb praktisch nie von einem einzelnen Verbraucher verletzt werden können. Bezeichnenderweise handelt es sich auch bei den von der Rechtsprechung bisher entschiedenen Fällen von unzulässigen, wenn auch wahrheitsgemäßen Mitteilungen, z.B. über die Kreditwürdigkeit oder Konkursanfälligkeit eines Unternehmens⁴⁾, um Tatsachen, die nicht von einer einzelnen Privatperson als Verbraucher, sondern von selbst im Wirtschaftsleben stehenden Personen oder Organisationen verbreitet wurden.

1) So auch das LG Berlin, DB 1976, 528 f in dem in der Einführung geschilderten Fall "Silberne Zitrone": s.o. S.4 f.

2) Im Grundsatz ebenso die Rspr.: z.B. BGHZ 36, 77 ff, 80, ("Waffenhändler").

3) Soergel-Knopp, § 826, Rdn. 144.

4) So die Sachverhalte von BGHZ 8, 142 ff ("Langsamer Zahler") und 36, 18 ff ("Konkursantrag").

IV. Ergebnis

Anspruchsgrundlage für die Ahndung schädigender, wenn auch wahrheitsgemäßer, Tatsachenbehauptungen ist allein der Tatbestand der sittenwidrigen Schädigung, § 826 BGB.

Das Haftungsrisiko für einzelne Verbraucher, die mit wahrheitsgemäßen Informationen über wirtschaftliche Gegebenheiten an die Öffentlichkeit treten, wegen sittenwidriger Schädigung in Anspruch genommen zu werden, ist allerdings äußerst gering, denn grundsätzlich müssen sich im Wirtschaftsleben stehende Personen und Unternehmen wahrheitsgemäße Kritik an ihren gewerblichen Leistungen und Produkten gefallen lassen.

Dagegen kann ein berechtigtes Interesse an der Nichtverbreitung von Geschäftsinterna bestehen, zu denen allerdings einzelne Verbraucher wiederum in der Regel keinen Zugang haben. Wenn damit zwar in der Praxis bisher kein Fall unzulässiger wahrer Behauptungen durch einzelne Verbraucher aufgetaucht ist, so ist eine solche Fallgestaltung jedoch grundsätzlich nicht ausgeschlossen und kann mittels des § 826 BGB als Auffangtatbestand erfaßt werden.

§ 826 BGB wird somit seiner Ergänzungsfunktion¹⁾ im Deliktsrecht gerecht, d.h. mit Hilfe dieser Generalklausel kann wenigstens die Verletzung gewisser elementarer Verhaltensanforderungen²⁾ geahndet werden.

1) Deutsch, JZ 1963, 385 ff, 389.

2) Soergel-Knopp, § 826, Rdn. 1.

C. HAFTUNG FÜR UNTERNEHMENSSCHÄDIGENDE WERTURTEILE

I. Problemstellung

Die dogmatische Grundlegung für die deliktsrechtliche Einordnung dieser Form unternehmensschädigender Äußerungen wurde schon im ersten Teil der Arbeit geschaffen:

Richtiger Prüfungsmaßstab ist danach der der Schutzgesetzverletzung gemäß § 823 Abs. 2 BGB, wobei als verletzbare Schutzgesetze die noch im einzelnen herauszuarbeitenden Verkehrspflichten zum Schutze des Unternehmens zu prüfen sind¹⁾.

Aufgrund der Schutzwürdigkeit des wirtschaftlichen Rufes des Unternehmens können sich dabei in Weiterentwicklung der Gedanken der §§ 185 ff StGB nicht nur eigentlich ehrverletzende, sondern auch das geschäftliche Ansehen schädigende Äußerungen als Schutzgesetzverletzungen darstellen, d.h. im Ergebnis bedarf es bei unternehmensschädigenden Äußerungen keiner scharfen Trennung zwischen Schädigungen der persönlichen Ehre und des geschäftlichen Ansehens. Im wirtschaftlichen Leben stehende Personen oder Organisationen sind grundsätzlich in beiden Richtungen - wenn auch nicht in gleichem Ausmaß - schutzwürdig.

Bei der entscheidenden Frage, wann solche Äußerungen, insbesondere negative Urteile über Waren oder gewerbliche Leistungen, als rechtswidrig anzusehen sind, ist auf den Wertungsmaßstab des § 193 StGB zurückzugreifen²⁾, d.h. die positiv festzustellende Rechtswidrigkeit kann sich aus der äußeren Form oder den Umständen ergeben, unter welchen die Äußerung geschah.

In diesem Teil der Untersuchung ist nun mit Blick auf das spezielle Thema der Arbeit zu fragen, unter welchen tatsächlichen Umständen derartige gewerbeschädigende Urteile durch einzelne Verbraucher als unzulässig angesehen werden können.

1) s.o. die allgemeinen Ausführungen S. 107 ff.

2) s.o. S. 114 f.

Im Vordergrund steht dabei die Herausarbeitung und Konkretisierung verallgemeinerungsfähiger Verhaltensanforderungen, um auf diese Weise einen sach- und interessengerechten Verhaltenskodex für öffentliche Kritik im wirtschaftlichen Bereich zu gewinnen. Dabei wird auf das gesamte Umfeld, in dem solche Kritik geübt wird und insbes. auch auf die verfassungsrechtliche Dimension dieses Problemkreises im Hinblick auf Art. 5 GG einzugehen sein. Schließlich wird zu fragen sein, ob und inwieweit die von der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien zur Beurteilung z.B. von Waren-tests¹⁾ und anderen Kritiken durch die Massenmedien auf den hier zu untersuchenden Teilbereich der Kritik durch einzelne Verbraucher übertragen werden können.

II. Motive und Ziele für Verbraucherkritik

Geht es darum, diejenigen Umstände herauszuarbeiten, die eine von einzelnen Verbrauchern in der Öffentlichkeit geäußerte Gewerbekritik als unzulässig erscheinen lassen, gilt es zunächst, den tatsächlichen Hintergrund zu erhellen, unter dem solche Kritik geübt wird, also zu fragen, von welchen Motiven und Zielen Verbraucher geleitet werden, wenn sie mit Kritik an Waren oder Leistungen an die Öffentlichkeit treten. Die Kenntnis dieses sozialpsychologischen Hintergrundes kann auch für die rechtliche Beurteilung wertvolle Anhaltspunkte liefern.

Dabei kann es im Rahmen dieser Arbeit natürlich nicht darum gehen, mit empirischen Methoden eine sozialwissenschaftlich exakte Untersuchung vorzunehmen. Aber aus dem vorhandenen, in der Einführung geschilderten Fallmaterial²⁾ lassen sich doch einige Hinweise für das Verständnis des sozialen Umfeldes bei diesen Fällen gewinnen und die Unterschiede zu

1) Insbes. in BGHZ 65, 325 ff findet sich eine Reihe von Zulässigkeitskriterien.

2) s.o. S. 3 ff.

den sonstigen Fällen von Gewerbekritik, namentlich durch Massenmedien und Warentestinstitute, sichtbar machen.

Betrachtet man die aufgeführten Fälle von Gewerbekritik durch einzelne Verbraucher, scheint für diese Fallgruppe insgesamt folgendes eigentümlich zu sein:

1. Geben einzelne Verbraucher in der Öffentlichkeit Urteile über Waren oder gewerbliche Leistungen ab, so ist diese Kritik regelmäßig von subjektiven Eindrücken geprägt. Im Gegensatz zu Massenmedien oder Warentestinstituten, die sich zur Aufgabe setzen, bestimmte Produkte auf ihren Nutzen und ihre Qualität hin zu untersuchen, um mit ihren Ergebnissen zu einer Information der Verbraucher über das Warenangebot beizutragen¹⁾, sehen sich Einzelne meist aufgrund einer individuellen Erfahrung veranlaßt, über Vorzüge oder zumeist Nachteile eines Produkts in der Öffentlichkeit zu berichten, sei es dadurch, daß sie sich mit einem Leserbrief an eine Zeitschrift wenden²⁾ oder selbst mit einer publicity-wirksamen Aktion das Interesse der Öffentlichkeit wecken³⁾. Wer als Einzelner in der Öffentlichkeit Gewerbekritik übt, stützt regelmäßig seine Kritik auf persönliche Erfahrungen mit einzelnen Produkten oder Dienstleistungen. Er gibt meist auch gar nicht vor, daß seine Wertungen etwa auf objektiven Tests beruhen, sondern es bleibt für jeden erkennbar, daß die Kritik von subjektiven Eindrücken geprägt ist und von daher auch nicht unbedingt repräsentativ und verallgemeinerungsfähig ist. Diese Unterschiede in der tatsächlichen Ausgangslage werden auch für die Aufstellung der rechtlichen Verhaltensanforderungen Beachtung finden müssen.

1) Zu den Zielsetzungen insbes. der Stiftung Warentest vgl. Andresen, Warentest, S. 23 ff.

2) So im "Elektronenorgel"-Fall (BGH GRUR 1964, 162); dazu s.o. S. 6.

3) So in den Fällen "Fiat" (LG Kempten, BB 1973, 163 f) und "Silberne Zitrone" (LG Berlin, DB 1976, 528 ff); dazu s.o. S. 3 ff.

2. Auch was die Motive und Ziele für die Abgabe gewerbekritischer Urteile in der Öffentlichkeit anbetrifft, lassen sich beträchtliche Unterschiede aufzeigen, je nachdem, von wem diese Kritik geäußert wird:

Während die professionellen Meinungsträger wie die Massenmedien mit der Veröffentlichung vergleichender Warentests und anderer Berichte über Waren oder Dienstleistungen das Ziel verfolgen, die Öffentlichkeit und insbes. die Verbraucher über Konsumfragen zu informieren, ist bei von einzelnen Verbrauchern geübter Kritik auch die Zielrichtung und der damit verfolgte Zweck subjektiv gefärbt:

Zum einen wird der Verbraucher oft nur seinen Ärger ablassen wollen, wenn er etwa von der Qualität oder Haltbarkeit eines teuer erstandenen Produkts enttäuscht ist und aufgrunddessen im Gespräch¹⁾ oder auch in einem Leserbrief dieser Enttäuschung Ausdruck verleiht. Zum anderen wird er vielleicht auch durch seine Kritik andere Verbraucher vor dem Erwerb dieses Produkts warnen und auf diese Weise ebenfalls zu einer Information der Verbraucher beitragen wollen²⁾. Nicht selten wird aber auch der einzelne Verbraucher dadurch, daß er mit seiner Kritik an die Öffentlichkeit tritt, die Zielsetzung verfolgen, seine eigene Rechtsposition etwa gegenüber dem Händler oder Hersteller zu verbessern, also mittels der öffentlichen Kritik bestehende oder vermeintliche Ansprüche durchzusetzen³⁾. Der Druck der öffentlichen Meinung soll dabei die individuelle Rechts- und Verhandlungsposition stärken helfen. Auch diese für die Fallgruppe der Gewerbekritik durch einzelne Verbraucher spezifischen Ziele und Motive werden bei der Konkretisierung der Verhaltensanforderungen zu berücksichtigen sein.

1) Kritische Äußerungen im einfachen Gespräch waren Anlaß für die "Makler"-Entscheidung des BGH (NJW 1967, 390); dazu s.o. S. 6.

2) So die erklärte Absicht des Beklagten im "Fiat"-Fall des LG Kempten (BB 1973, 163 f); s.o. S. 3 f.

3) Dieser Aspekt stand bei dem Zusammenschluß der Geschädigten im Fall "Silberne Zitrone" (LG Berlin, DB 1976, 528 ff) im Vordergrund; s.o. S. 4 f.

3. Insgesamt läßt sich damit für den tatsächlichen Hintergrund gewerbekritischer Äußerungen durch Verbraucher sowohl hinsichtlich des Inhalts als auch der Ziele und Motive derartiger Kritik ein entscheidender subjektiver Einschlag feststellen: Inhaltlich gründet sich solche Kritik regelmäßig auf individuelle Erfahrungen mit Produkten oder Dienstleistungen und auch von der Zielsetzung her wird oft das Interesse an der Information der Öffentlichkeit von subjektiven Motiven, etwa der Verbesserung der eigenen Rechtsposition durch Aktivierung der öffentlichen Meinung, überlagert.

Im weiteren Verlauf wird aufzuzeigen sein, inwieweit diese subjektiven Momente einen Einfluß auf die Beurteilung derartiger gewerbeschädigender Werturteile haben.

III. Verfassungsrecht und zivilrechtliche Beurteilung

Bevor aber die Zulässigkeitskriterien für unternehmensschädigende Kritik abschließend entwickelt werden können, bedarf es eines Exkurses in das Verfassungsrecht, da verfassungsrechtliche Wertungen für die zivilrechtliche Entscheidungsfindung von erheblicher Bedeutung sein können¹⁾.

Ob nämlich die Grenzen zulässiger Gewerbekritik durch einzelne Verbraucher eng oder weit zu ziehen sind, hängt in entscheidendem Maße davon ab, welcher Einfluß auf Seiten des Kritikers dem Grundrecht der Meinungsfreiheit aus Art. 5 GG für die deliktsrechtliche Beurteilung beizumessen ist, inwieweit dem gegenüber auch die schützenswerten Unternehmensinteressen verfassungsrechtlichen Rang genießen und wie diese entgegenstehenden Interessen verfassungsrechtlich zu gewichten sind.

1) Die Bedeutung des Verfassungsrechts betonen insbes. Andresen, Warentest, S. 148 ff und v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 97 ff; auch die neuere Rspr. bezieht seit der "Höllenfeuer"-Entscheidung (BGHZ 45, 296 ff) zunehmend verfassungsrechtliche Wertungen ein.

1. Das Verhältnis von Verfassungsrecht und einfachem Gesetzesrecht

Dabei erhebt sich zunächst die allgemeine Frage, ob verfassungsrechtliche Gesichtspunkte für die Lösung zivilrechtlicher Konfliktslagen überhaupt eine Bedeutung haben.

a. Offensein des BGB für verfassungsrechtliche Wertungen

Betrachtet man diese Problemstellung vom Zivilrecht her, d.h. untersucht man, ob das einfache Gesetzesrecht des bürgerlichen Rechts für verfassungsrechtliche Wertungen offen ist, so ist gerade für den Bereich des Unternehmensschutzes gegen schädigende Äußerungen folgendes zu bemerken:

Für die konkrete Lösung derartiger Fallgestaltungen gibt das Gesetzesrecht des BGB selbst nicht viele Anhaltspunkte her. Nach Ansicht der Rechtsprechung ist für die Frage der Rechtswidrigkeit beanstandeter Kritik eine umfassende Güter- und Interessenabwägung vorzunehmen¹⁾. Nach dem hier vorgeschlagenen Weg, über § 823 Abs. 2 BGB die Gesichtspunkte des § 193 StGB, nämlich die äußere Form der Äußerung und die Umstände, unter welchen sie geschah, zu berücksichtigen²⁾, sind ebenfalls die Einzelfallumstände entscheidend. Wie aber die Einzelumstände bzw. die entgegenstehenden Interessen jeweils zu gewichten sind, ist dem einfachen Gesetzesrecht nicht zu entnehmen, so daß der Richter gezwungen ist, die entscheidenden Bewertungsfaktoren anderswo abzuleiten. Dabei kann er jedoch nicht nach eigenem Gutdünken verfahren, sondern entsprechend seiner Bindung an Recht und Gesetz gemäß Art. 20 Abs. 3 GG hat er diese Wertungsgesichtspunkte der gesamten Rechtsordnung zu entnehmen und damit insbes. auch den Wertungen der Verfassung, wobei gerade die Grundrechtsordnung wichtige Anhaltspunkte liefern kann³⁾.

1) Grundlegend BGHZ 45, 296 ff, 308 ff ("Höllenfeuer").

2) s.o. S. 111 ff.

3) v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 95; Larenz, Allgem. Teil, § 4 III, S. 70; Hubmann, AcP 155, S. 85 ff, 99; vgl. auch schon o. S. 108 f.

Wo der Richter also im Einzelfall Wertungen vorzunehmen hat, für die er nicht ausreichend Kriterien aus dem Bürgerlichen Recht selbst vorfinden kann, hat er auf die Wertungen des Verfassungsrechts zurückzugreifen. Dies kommt insbes. dort in Betracht, wo der Richter zivilrechtliche Generalklauseln wie § 826 BGB oder den Schutz des Unternehmens nach § 823 BGB im Einzelfall mit konkreten Wertungsfaktoren auszufüllen hat. Insofern kann also gesagt werden, daß das Zivilrecht selbst für die Anwendung verfassungsrechtlicher Wertungen durchaus offen ist¹⁾, daß sogar für Auslegung und Fortbildung des Privatrechts der Verfassung hervorragende Bedeutung zukommt²⁾.

b. Die sog. Drittwirkung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr

Die Frage nach dem Einfluß der Verfassungsordnung auf das einfache Gesetzesrecht wird aber meist von der entgegengesetzten Richtung her, nämlich aus dem Blickwinkel des Verfassungsrechts, dahingehend gestellt, ob verfassungsrechtliche Wertungen, insbes. die Grundrechtsordnung, auch für die Beurteilung zivilrechtlicher Sachverhalte maßgebend sind; verkürzt wird diese Frage herkömmlicherweise als das Problem der Drittwirkung der Grundrechte bezeichnet³⁾.

Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, wollte man hier die Frage nach dem Verhältnis von Verfassungs- zu einfachem Gesetzesrecht eingehend diskutieren. Es muß genügen, hier die wichtigsten Gesichtspunkte zu umreißen, zumal das BVerfG dazu Grundsatzentscheidungen gefällt hat⁴⁾, von deren Thesen auch ausgegangen werden soll:

1) v. Kölller, Meinungsfreiheit, S. 94 ff.

2) Larenz, Allgem. Teil, § 4 III, S. 70.

3) Dazu grundlegend Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, 1961; Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960; Dürig in Festschrift für Nawiasky, S. 157 ff; Raiser, Grundgesetz und Privatrechtsordnung; Geiger, Grundrechte in der Privatrechtsordnung.

4) Grundlegend BVerfGE 7, 198 ff ("Lüth"); s. dazu schon o. S. 15 f; aus der neueren Rspr. BVerfGE 34, 269 ff.

aa. Natürlich sind die Grundrechte in erster Linie Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat, sie sollen seine Freiheitssphäre gegen Eingriffe der öffentlichen Gewalt schützen. Dieser Abwehrcharakter der Grundrechte ergibt sich aus der geistesgeschichtlichen Entwicklung der Grundrechtsidee, die auch für die Aufnahme der Grundrechte in das GG von Bedeutung war¹⁾.

Andererseits erschöpft sich darin die Bedeutung der Grundrechte nicht. Das GG will keine wertneutrale Ordnung sein, sondern hat gerade auch in seinem Grundrechtsabschnitt eine objektive Wertordnung aufgestellt, deren Gehalt als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten muß²⁾. Insoweit sind auch die Zivilgerichte an die grundgesetzlichen Wertmaßstäbe gebunden. Dies bringt schon Art.1 Abs.3 GG zum Ausdruck, wenn dort die Bindung aller drei Staatsgewalten, also auch der Gerichtsbarkeit, an die Grundrechte ausgesprochen wird³⁾.

bb. Wie aber nun das verfassungsrechtliche Wertsystem auf das Privatrecht einwirkt, ist im einzelnen umstritten. Hier soll von der Position des BVerfG, das eine mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr postuliert⁴⁾, ausgegangen werden:

Danach können die Grundrechte im Privatrecht nicht die Geltung als eigenständige subjektive Rechte⁵⁾ beanspruchen,

1) BVerfGE 7, 198 ff, 204 f; Klein in Schmidt-Bleibtreu/Klein, Vorb. vor Art. 1 GG, Rdn. 6.

2) BVerfGE 7, 198, LS 1 und 205.

3) Dürig in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art.1 Abs.3 GG, Rdn. 118 ff; Leisner, Grundrechte und Privatrecht, S.139, 333; Raiser, Grundgesetz und Privatrechtsordnung, S. B 10.

4) BVerfGE 7, 198 ff, 205 ff; ebenso Dürig in Festschrift für Nawiasky, S. 157 ff, 176 ff; ders. in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art.1 Abs.3 GG, Rdn. 131 ff; Bachof, Die Grundrechte, Bd. III, 1. Halbbd., S. 164, 173 f; Maunz, Staatsrecht, § 13 II 11, S. 114 f; Hesse, Verfassungsrecht, § 11 2, S. 147 ff; Larenz, Allgem. Teil, § 4 III, S. 71.

5) In diesem Sinne einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte BAG 1, 185 ff, 193 f; Geiger, Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung; Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht; ders. in Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil, § 15 II 4, S. 91 ff; Leisner, Grundrechte und Privatrecht, S. 285 ff.

sondern die Lösung von Zivilrechtskonflikten hat unmittelbar nur anhand des geltenden einfachen Gesetzesrechts zu erfolgen. Der Gehalt der Grundrechte als objektive Normen fließt aber in der Weise in das Privatrecht ein, daß den grundrechtlichen Wertmaßstäben durch das Medium der bürgerlich-rechtlichen Vorschriften mittelbare Geltung verschafft wird. Das bestehende einfache Gesetzesrecht ist also inhaltlich auf das Wertsystem des GG auszurichten, d.h. der verfassungsrechtliche Gehalt dieser Wertordnung hat seine Auslegung zu bestimmen¹⁾.

Den größten Einfluß haben die verfassungsrechtlichen Wertmaßstäbe dabei im Bereich der Generalklauseln des Privatrechts, deren Ausfüllung nicht allein mit zivilrechtlichen Maßstäben geleistet werden kann. Wo die Privatrechtsordnung zur Beurteilung menschlichen Verhaltens - wie z.B. bei § 826 BGB - auf außer-zivilrechtliche Maßstäbe verweist, hat die Auslegung dieser Normen entsprechend der Bindung des Richters an die Grundrechte nach Art. 1 Abs. 3 GG in besonderem Maße das verfassungsrechtliche Wertsystem zu berücksichtigen. Insofern können die Generalklauseln mit Recht als die "Einbruchstellen" der Grundrechte in das bürgerliche Recht bezeichnet werden²⁾.

cc. Es zeigt sich also, daß nicht nur das Zivilrecht für die Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Wertungen offen ist, sondern daß andererseits das Verfassungsrecht es selbst gebietet, die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften im Lichte des grundrechtlichen Wertsystems auszulegen, und dies um so mehr, wenn zur Lösung zivilrechtlicher Fallgestaltungen Interessenwertungsprobleme auftauchen, für die die erforderlichen Bewertungsfaktoren nicht allein dem einfachen Gesetzesrecht entnommen werden können.

Dieser Befund trifft auch auf die hier vorliegende Problemstellung zu: Da sich aus dem Deliktsrecht allein - sei es bei Anknüpfung an §§ 823 Abs. 1, 2 oder 826 BGB - für die

1) BVerfGE 7, 198 ff, 205.

2) BVerfGE 7, 198 ff, 206 unter Berufung auf Dürig, Die Grundrechte, Bd. II, S. 507 ff, 525.

Herausarbeitung konkreter Zulässigkeitskriterien ausreichende Bewertungsmaßstäbe nicht finden lassen, bedarf es einer verfassungsrechtlichen Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit des Einzelnen einerseits und den Unternehmensinteressen andererseits anhand des objektiven Gehaltes der widerstreitenden Grundrechtspositionen, um zu einer verfassungskonformen Bestimmung der deliktsrechtlichen Grenzen zulässiger Gewerbekritik zu gelangen.

Im folgenden ist daher der verfassungsrechtliche Rang der Meinungsfreiheit und der schützenswerten Unternehmensinteressen aufzuzeigen und gegeneinander abzuwägen.

2. Die Bedeutung der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG

a. Die individualrechtliche Komponente des Grundrechts

Nach Art. 5 Abs. 1 GG hat jeder das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten. Dieses subjektive öffentliche Recht auf freie Meinungsäußerung ist als unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt, ja für die freiheitlich-demokratische Staatsordnung schlechthin konstituierend, wie es das BVerfG formuliert¹⁾.

Dabei ist nicht nur das Äußern einer Meinung, sondern auch die damit bezweckte Wirkung auf andere grundrechtlich geschützt. Deshalb bezieht sich der Schutz des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 GG in erster Linie auf Werturteile, in denen die eigene Stellungnahme des Redenden, mit der er andere überzeugen will, zum Ausdruck kommt²⁾.

In dieser individualrechtlichen Komponente des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung als subjektives Abwehrrecht des Einzelnen gegen den Staat erschöpft sich die Bedeutung dieses Grundrechts jedoch nicht.

1) BVerfGE 7, 198 ff, 208; 12, 113 ff, 125.

2) BVerfGE 7, 198 ff, 210; 30, 336 ff, 352; v.Mangoldt-Klein, Art. 5 GG, Anm. III 1.

b. Die objektivrechtliche Komponente des Grundrechts

Gleich wichtig ist der objektivrechtliche Gehalt des Grundrechts, der auf dem Zusammenhang zwischen Meinungsfreiheit und demokratischem Prinzip beruht; gerade die objektivrechtliche Komponente ist es auch, die mit dem darin zum Ausdruck kommenden verfassungsrechtlichen Wertmaßstab die Auslegung des einfachen Gesetzesrechts beeinflusst¹⁾ und auf die deshalb hier auch näher einzugehen ist.

aa. Vor allem die Thesen Ridders²⁾ verhalten zu der Erkenntnis, daß in einem demokratischen Staat die allein individualistische Sicht des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung nicht ausreichend ist. Soll der Bürger durch Wahlentscheidungen und Teilnahme am öffentlichen Leben Träger der Staatsgewalt sein (Art. 20 Abs. 2 GG), dann besteht ein öffentliches Interesse auch daran, daß eine politische Willensbildung durch Meinungs- und Informationsaustausch erfolgt, d.h. ein demokratisches Gemeinwesen setzt einen freiheitlichen Prozeß der Meinungsbildung voraus. Das BVerfG betont deshalb zu Recht das doppelte Ziel des Art. 5 GG, nämlich die freie geistige Betätigung des Einzelnen und den Prozeß der Meinungsbildung in der freiheitlichen Demokratie zu schützen³⁾.

Art. 5 Abs. 1 GG enthält neben dem subjektiven öffentlichen Recht jedes Bürgers auf freie Meinungsäußerung also auch die institutionelle Garantie der Freiheit der Bildung öffentlicher Meinung, eines freiheitlichen Kommunikationsprozesses, der für ein demokratisch verfaßtes Staatswesen unerlässlich ist⁴⁾. Jedem Staatsbürger ist durch Art. 5 Abs. 1 GG das Recht gewährleistet, an dieser öffentlichen Diskussion teil-

1) Vgl. dazu schon o. S. 145 ff.

2) Ridder, Die Grundrechte, Bd. II, S. 243 ff.

3) BVerfGE 25, 256 ff, 268 ("Blinkfuer").

4) Über diesen Doppelcharakter der Grundrechte und insbes. des Art. 5 GG besteht allgemeiner Konsens: vgl. v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 99 ff m.w.N; Herzog in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 5 GG, Rdn. 2 ff.

zunehmen¹⁾, und der Staat ist verpflichtet, den permanenten Prozeß der Meinungs- und Willensbildung des Volkes gegen Beeinträchtigungen aller Art zu schützen²⁾.

Dieser Verpflichtung des Staates, der objektivrechtlichen Komponente des Art. 5 GG gerecht zu werden, entspricht es, auch bei der Auslegung des einfachen Gesetzesrechts und damit mittelbar im Privatrechtsverkehr darauf Bedacht zu nehmen, daß die grundsätzliche Freiheit der Kommunikation gewährleistet bleibt.

bb. Allerdings darf aus dem Dargelegten nicht gefolgert werden, daß im Konflikt zwischen Privaten der Schutz der freien Rede gegenüber anderen Gütern stets absoluten Vorrang genießen müßte. Abgesehen davon, daß Art. 5 GG in Abs. 2 selbst Grundrechtsschranken enthält, auf die noch einzugehen sein wird, ist auch die Reichweite der objektivrechtlichen Komponente des Art. 5 GG zu klären.

Da die Garantie eines freiheitlichen Kommunikationsprozesses aus dem demokratischen Prinzip abgeleitet wird, wäre z.B. auch eine Beschränkung dieser Verbürgung auf die Diskussion politischer Themen denkbar. Gerade wenn man nach den Grenzen zulässiger Kritik an Waren und Dienstleistungen durch einzelne Verbraucher fragt, stellt sich das Problem der personellen und thematischen Reichweite der objektivrechtlichen Seite des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 GG, die Frage also, wer sich hinsichtlich welcher Themen auf die institutionelle Verbürgung eines freien Meinungsbildungsprozesses berufen kann.

Zweifel an einer Universalität dieser Garantie tauchen auf, wenn man eine Passage aus dem "Lüth"-Urteil des BVerfG betrachtet: Dort heißt es, der Schutz des privaten Rechtsguts müsse um so mehr zurücktreten, je mehr es sich "um einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage durch einen dazu Le-

1) BVerfGE 12, 113 ff, 125.

2) BVerfGE 20, 56 ff, 98 ff.

gitimierten handelt"1).

(1) Dieses Zitat legt es nahe, zum einen eine personelle Beschränkung der Kommunikationsfreiheit auf dazu besonders Berufene anzunehmen. Dies widerspräche aber Wortlaut und Zweck des Art. 5 Abs. 1 GG: Wenn jeder das subjektive öffentliche Recht hat, seine Meinung frei zu äußern, so heißt dies auch für den objektivrechtlichen Gehalt dieses Grundrechts, daß jedem das Recht gewährleistet ist, an der durch Art. 5 GG garantierten freiheitlichen Diskussion als Prozeß der Bildung öffentlicher Meinung teilzunehmen²⁾. Eine Begrenzung des Kommunikationsprozesses auf einzelne Träger widerspräche gerade dem Demokratieprinzip. Zwar nennt Art. 5 Abs. 1 GG selbst die Massenmedien Presse, Rundfunk und Film ausdrücklich und gewährt damit den Massenkommunikationsmitteln sicherlich eine Schlüsselstellung im Kommunikationsprozeß, jedoch bedeutet das nicht, daß sie auch die eigentlichen oder einzigen Organe der öffentlichen Meinung seien³⁾. Die Beteiligung am öffentlichen Kommunikationsprozeß steht jedem offen, auch wenn die Massenmedien aufgrund ihrer tatsächlichen Möglichkeiten dabei heute natürlich in erster Linie in Erscheinung treten.

Der objektivrechtliche Gehalt des Art. 5 GG im Sinne der Gewährleistung eines freiheitlichen Kommunikationsprozesses kommt also jedem Staatsbürger und nicht nur - wie die zitierte Passage im "Lüth"-Urteil vermuten lassen könnte - besonders Legitimierten zugute; insoweit ist der Kommunikationsprozeß personell universal⁴⁾.

(2) Die zweite Frage betrifft die thematische Reichweite der in Art. 5 Abs. 1 GG verbürgten Kommunikationsfreiheit.

1) BVerfGE 7, 198 ff, 212.

2) So richtig BVerfGE 12, 113 ff, 125.

3) v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 117.

4) So die Formulierung von v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 116 f; ebenso Andresen, Warentest, S. 163 f; Lerche, Werbung und Verfassung, S. 96; Arndt, Öffentliche Meinung, S. 14; ders., NJW 1966, 871 f, 872.

Auch wenn diese Garantie aus dem Demokratieprinzip abgeleitet wird, kann ihr nicht eine Beschränkung z.B. auf politische Themen entnommen werden¹⁾. Kommunikation soll durch Art. 5 Abs. 1 GG generell geschützt werden und muß daher auch alle denkbaren Angelegenheiten, seien sie politischer, kultureller, wissenschaftlicher, wirtschaftlicher oder auch privater Natur, umfassen. Hinzu kommt die praktische Ununterscheidbarkeit politischer von anderen Fragen. Politische Relevanz haben nicht nur eigentlich politische Fragen, sondern z.B. auch kulturelle oder wirtschaftliche Probleme²⁾.

Wenn das BVerfG die Einschränkung zu machen scheint, es müsse sich um die Öffentlichkeit wesentlich berührende Fragen handeln³⁾, so sind in der heutigen Gesellschaft dazu mit Sicherheit auch die hier interessierenden wirtschaftlichen Angelegenheiten zu zählen. Im Alltag und dem Bewußtsein der meisten Menschen spielen heute politische oder kulturelle Fragen im herkömmlichen Sinne nur eine untergeordnete Rolle gerade gegenüber dem Konsum, der insbes. auch durch die Konsumwerbung in den Mittelpunkt des Allgemeininteresses der Bürger tritt⁴⁾. Zu den die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Fragen gehören deshalb besonders Probleme des ökonomischen Bereiches, die infolgedessen auch auf einem freien Meinungsmarkt auszutragen sind⁵⁾. Öffentliche Auseinandersetzungen über die Qualität von Konsumgütern oder Dienstleistungen stehen somit unter dem Schutz eines freiheitlichen Kommunikationsprozesses nach Art. 5 Abs. 1 GG.

Die Formulierung des BVerfG, es müsse sich um die Öffentlichkeit wesentlich berührende Fragen handeln, ist dabei aber noch zu eng. Ein freiheitlicher Kommunikationsprozeß muß für alle Fragen offen sein und darf sich nicht auf die-

1) In dieser Richtung aber Čopić, JZ 1963, 494 ff, 496 und Fn. 16 mit der Unterscheidung von öffentlicher und gemeiner Meinung.

2) v. Kölller, Meinungsfreiheit, S. 119; Arndt, NJW 1964, 1312 f, 1313.

3) BVerfGE 7, 198 ff, 212.

4) Andresen, Warentest, S. 151 unter Hinweis auf sozialwissenschaftliche Untersuchungen.

5) Arndt, NJW 1964, 1312 f, 1313; Lohr, AfP 1976, 36 ff, 37.

jenigen beschränken, die für die Bildung der sog. öffentlichen Meinung wesentlich sind¹⁾. Insbesondere muß jedem Bürger ein Initiativrecht zugestanden werden, neue, auch private Problemstellungen an die Öffentlichkeit zu tragen, selbst wenn sich sonst - noch - niemand dafür interessiert²⁾.

Neben der personellen ist deshalb auch eine thematische Universalität des durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Kommunikationsprozesses anzuerkennen; Art. 5 GG schützt die Offenheit des Meinungsmarktes insgesamt³⁾.

Für unsere Themenstellung heißt das, daß auch der einzelne Verbraucher, der seine Kritik an Konsumgütern oder Dienstleistungen in der Öffentlichkeit verbreitet, damit grundsätzlich einen vom objektivrechtlichen Gehalt des Art. 5 GG geschützten Beitrag im Prozeß freiheitlicher Kommunikation leistet.

c. Die Schranken der Meinungsfreiheit

Das Recht auf freie Meinungsäußerung bzw. objektivrechtlich die Verbürgung des freiheitlichen Kommunikationsprozesses ist jedoch nach Art. 5 GG nicht schrankenlos gewährleistet. Zum einen sind die ausdrücklich in Art. 5 Abs. 2 GG genannten Grundrechtsschranken zu beachten und zum anderen bedarf es auch dann einer einschränkenden Abwägung, wenn im Einzelfall mit dem Grundrecht auf freie Meinungsäußerung andere, ebenfalls verfassungsrechtlich geschützte Interessen kollidieren.

Art. 5 Abs. 2 GG unterwirft die Grundrechte des Abs. 1 einer Schrankentrias, bestehend aus den allgemeinen Gesetzen, den Gesetzen zum Schutze der Jugend und dem Recht der per-

1) v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 118 f.

2) Andresen, Warentest, S. 163.

3) Darüber besteht heute weitgehend Einigkeit: vgl. v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 117 ff; Andresen, Warentest, S. 163 ff; Arndt, NJW 1964, 1312 f, 1313; v.Münch, Art. 5 GG, Rdn. 6; Schneider, Pressefreiheit und Staatssicherheit, S. 25, 31.

sönlichen Ehre und fügt damit die Kommunikationsrechte in die allgemeine Rechtsordnung ein.

Gerade der aus der Weimarer Verfassung übernommene Begriff der Schranke der "allgemeinen Gesetze" wird dabei noch heute lebhaft diskutiert. Da im Rahmen dieser Arbeit nicht die gesamte Diskussion¹⁾ nachvollzogen werden kann, soll im folgenden von der seit der "Lüth"-Entscheidung des BVerfG herrschenden Auffassung ausgegangen werden, wonach "allgemein" solche Gesetze seien, "die nicht eine Meinung als solche verbieten, die sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten, die vielmehr dem Schutze eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen"²⁾.

Von daher ist anerkannt, daß auch die Normen des bürgerlichen Rechts "allgemeine" grundrechtsbeschränkende Gesetze i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG sind. Die gilt insbes. auch für die deliktsrechtlichen Bestimmungen der §§ 823 ff BGB, da sie sich nicht speziell gegen die Äußerungsfreiheiten richten, sondern dem allgemeinen Schutze bestimmter Rechtsgüter zu dienen bestimmt sind³⁾.

Allerdings ist die grundrechtsbeschränkende Kraft des nach deliktsrechtlichen Grundsätzen gewährten Unternehmensschutzes nicht unproblematisch, denn dieser Schutz läßt sich nicht einfach aus dem formellen Gesetzesrecht der §§ 823 ff BGB ableiten, sondern stellt einen Akt richterlicher Fortbildung des Deliktsrechts dar⁴⁾.

Für diesen Zusammenhang können aus dem "Lüth"-Urteil des BVerfG, das ebenfalls das Spannungsverhältnis zwischen Meinungsfreiheit und gewerblichen Interessen zum Gegenstand hatte, keine Erkenntnisse gewonnen werden: Dort war nämlich

1) Vgl. dazu Herzog in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 5 GG, Rdn. 241 ff m.w.N; v.Köller, Meinungsfreiheit, S.186 ff.

2) BVerfGE 7, 198 ff, 209.

3) BVerfGE 7, 198 ff, 211; 25, 256 ff, 263 ff; 34, 269 ff, 282; v.Münch, Art. 5 GG, Rdn. 50; Leibholz-Rinck, Art. 5 GG, Rdn. 13 a; v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 208 ff.

4) s.o. S. 72 ff.

vom Zivilgericht als Anspruchsgrundlage zur Beurteilung des Boykottsachverhaltes § 826 BGB angewendet worden, woran das BVerfG gebunden war. In § 826 BGB war nun aber eine formelle Gesetzesbestimmung gegeben, die zwanglos als "allgemeines Gesetz" i.S.v. Art. 5 Abs. 2 GG angesehen werden konnte¹⁾.

Probleme tauchen aber auf, wenn der Unternehmensschutz - wie nach der Rechtsprechung - aus § 823 Abs. 1 BGB oder - wie nach der hier vertretenen Auffassung - aus § 823 Abs. 2 BGB abgeleitet wird. Hier kann nicht gesagt werden, dieser Unternehmensschutz sei selbstverständlicher Teil des formellen Gesetzesrechts²⁾, denn weder ist das Recht am Gewerbebetrieb ein "sonstiges Recht" i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB³⁾ noch ergibt sich der Schutz unmittelbar aus § 823 Abs. 2 BGB, sondern es handelt sich um richterliche Fortbildung des Deliktsrechts, die nur ihren Ausgangspunkt in § 823 BGB gefunden hat. Damit stellt sich die Frage, ob auch Institute und Ergebnisse richterlicher Rechtsfortbildung mit dem Begriff des "allgemeinen Gesetzes" in Art. 5 Abs. 2 GG vereinbar sind.

aa. Dem von v.Köller gewiesenen Weg, dem deliktischen Unternehmensschutz gewohnheitsrechtliche Kraft beizumessen und Gewohnheitsrecht als materielles Gesetz den Anforderungen des Art. 5 Abs. 2 GG genügen zu lassen⁴⁾, kann jedenfalls nicht gefolgt werden, da nach der hier vertretenen Auffassung der Unternehmensschutz gerade nicht gewohnheitsrechtlich verfestigt ist⁵⁾.

bb. Die Lösung des Problems kann nur von daher erfolgen, daß man auf die Überlegungen zum Charakter des Richterrechts und sein Verhältnis zum Gesetzesrecht zurückgreift⁶⁾:

1) BVerfGE 7, 198 ff, 214.

2) Das Problem sehen auch v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 205, Fn. 89 und Andresen, Warentest, S. 179.

3) s.o. S. 46 ff, 61 ff.

4) v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 204 f und Fn. 92.

5) s.o. S. 63 ff, 72.

6) Vgl. dazu schon o. S. 67 ff.

Begreift man Gesetzesrecht nicht als etwas Statisches, sondern in der Anwendung ständig im Werden Begriffenes, so stellt sich richterliche Rechtsfortbildung nicht als sekundäre Rechtsbildung dar, sondern ist als Teil des gewachsenen Gesetzesrechts selbst anzusehen¹⁾. Das Gesetz ist in der Weise zu begreifen, wie es durch Auslegung und Fortbildung seine Ausprägung gefunden hat²⁾. Auch richterlich entwickelte Rechtssätze gehören damit zum aktuellen Gesetzesrecht.

Auf den hier interessierenden deliktischen Unternehmensschutz übertragen heißt das: Zum Gesetzesrecht des Deliktsrechts sind all diejenigen Ausformungen zu zählen, die heute, sei es durch Auslegung oder Rechtsfortbildung, das Gesicht des Deliktsrechts prägen, insbes. also auch der aus dem Deliktsrecht abgeleitete Persönlichkeits- und Unternehmensschutz. Ist das Gesetzesrecht aber nur in seinen aktuellen Ausprägungen zu verstehen, so gehören auch zu den "allgemeinen Gesetzen" i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG alle Ausformungen, die das Gesetz in der Rechtsanwendung gefunden hat. Das bedeutet: Auch der aus § 823 BGB nicht unmittelbar abzuleitende, sondern durch Rechtsfortbildung entwickelte deliktische Unternehmensschutz ist Teil des aktuellen Deliktsrechts, er ist Teil des § 823 BGB als allgemeinem Gesetz i.S.v. Art. 5 Abs. 2 GG³⁾.

Damit erweist sich als richtig, wovon die Rechtsprechung stillschweigend auszugehen scheint: Dem in Fortbildung des § 823 BGB entwickelten zivilrechtlichen Unternehmensschutz kann grundrechtseinschränkende Kraft zukommen, d.h. das Recht auf freie Meinungsäußerung kann seine Grenze bei der Beeinträchtigung schützenswerter Unternehmensinteressen finden. Der deliktische Unternehmensschutz als "allgemeines Gesetz" i.S.v. Art. 5 Abs. 2 GG vermag also das Grundrecht der Meinungsfreiheit einzuschränken.

1) Dazu Esser, Festschrift für F.v.Hippel, S. 95 ff, 117.

2) Ders., S. 123.

3) Für das allgem. Persönlichkeitsrecht hat dies auch das BVerfG (E 34, 269 ff, 281 f) mit der Begründung anerkannt, daß der Persönlichkeitsschutz nunmehr ein fester Bestandteil der Privatrechtsordnung geworden sei.

d. Der Grundsatz der Wechselwirkung

In welchem Maße allerdings die Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG durch die sie einschränkenden Normen beschnitten werden, wie also das Verhältnis zwischen Grundrecht und einschränkendem Gesetz ist, bedarf noch der Klärung:

Betrachtet man nur den Wortlaut des Art. 5 Abs. 2 GG, so stellen die "allgemeinen Gesetze" die Grenze dar, bis zu der die freie Meinungsäußerung garantiert ist, ab der aber der gesetzlich normierte Schutz anderer Rechtsgüter oder Interessen Vorrang genießt. Damit hätte das Grundrecht der Meinungsfreiheit jedem anderen, auch noch so unbedeutenden, aber gesetzlichen Schutz genießenden Rechtsgut zu weichen. Von dieser zum gleichlautenden Art. 118 Abs. 1 WeimVerf. noch herrschenden Auffassung einer problemlosen Einschränkung der Kommunikationsgrundrechte durch einfaches Gesetz¹⁾ ist das BVerfG mit der "Lüth"-Entscheidung jedoch abgerückt:

Ausgehend von der grundlegenden Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit für den freiheitlich-demokratischen Staat hält das BVerfG es nicht für folgerichtig, "die sachliche Reichweite gerade dieses Grundrechts jeder Relativierung durch einfaches Gesetz (und damit zwangsläufig durch die Rechtsprechung der die Gesetze auslegenden Gerichte) zu überlassen"²⁾. Vielmehr müßten die allgemeinen Gesetze "in ihrer das Grundrecht beschränkenden Wirkung ihrerseits im Lichte der Bedeutung dieses Grundrechts gesehen und so interpretiert werden, daß der besondere Wertgehalt dieses Rechts, ..., auf jeden Fall gewahrt bleibt"³⁾. Nach Ansicht des BVerfG ist also die gegenseitige Beziehung zwischen Grundrecht und allgemeinem Gesetz nicht als einseitige Beschränkung der Geltungskraft des Grundrechts durch die allgemeinen Gesetze aufzufassen, es findet vielmehr

1) Vgl. dazu Herzog in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 5 GG, Rdn. 243.

2) BVerfGE 7, 198 ff, 208.

3) ebenda.

eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, daß die allgemeinen Gesetze zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlich-demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen¹⁾.

Gegen eine solche Wechselwirkung ist grundsätzlich eingewendet worden, sie führe zu einem Zirkelschluß, da einerseits die Einschränkung des Art. 5 Abs. 1 GG durch Abs. 2 akzeptiert wird, andererseits aber versucht wird, die von Abs. 2 erfaßten Gesetze wiederum aus dem Grundgedanken des Abs. 1 heraus zu interpretieren²⁾. Herzog hat jedoch nachgewiesen, daß dieser Zirkelschluß unvermeidlich und im System der Grundrechte selbst angelegt ist³⁾.

Der zweite Einwand betrifft den methodischen Weg, den das BVerfG einschlägt, um die konstituierte Wechselwirkung im Einzelfall auch zu konkretisieren. Im Ergebnis läuft dies beim BVerfG auf eine Güterabwägung zwischen der Meinungsfreiheit und dem von dem jeweils einschränkenden Gesetz geschützten Rechtsgut hinaus, wobei das BVerfG aber zweispurig verfährt, nämlich einmal abstrakt das Rangverhältnis der kollidierenden Güter untersucht, zum anderen aber auch eine konkrete Abwägung der Einzelfallumstände für erforderlich hält⁴⁾.

Wenn auch die Methode abstrakter Güterabwägung weitgehend anerkannt wird, so trifft jedoch die Interessenabwägung im Einzelfall bei einem Teil der Literatur auf heftige Kritik, da auf diese Weise dem Richter ein unkontrollierbarer Entscheidungsspielraum gewährt würde⁵⁾.

Zutreffend ist, daß eine abstrakte Güterabwägung nach dem

1) BVerfGE 7, 198 ff, 208 f; seitdem ständige Rspr.: BVerfGE 12, 113 ff, 124; 20, 162 ff, 176 f; 24, 278 ff, 282.

2) Bettermann, JZ 1964, 601 ff, 602.

3) Herzog in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 5 GG, Rdn. 254.

4) BVerfGE 7, 198 ff, 210 f.

5) Nipperdey, DVBl 1958, 445 ff, 449; Herzog in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 5 GG, Rdn. 252 m.w.N.

allgemeinen Rangverhältnis der kollidierenden Güter den Interessen nach Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit einer Entscheidung förderlich ist. Andererseits ist aber nicht zu verkennen, daß eine abstrakte Güterabwägung allein für eine Problemlösung kaum ausreichen kann. Das liegt zum einen daran, daß das Grundgesetz keine vollständige und hierarchische Wertordnung enthält, anhand derer sich eine feststehende Rangordnung zwischen der Meinungsäußerungsfreiheit und den durch die "allgemeinen Gesetze" geschützten Gütern herausarbeiten ließe¹⁾. Zum anderen muß man sich auch vor Augen halten, daß es bei den hier interessierenden zivilrechtlichen Konflikten um die Konkretisierung bürgerlich-rechtlicher Generalklauseln (§§ 823, 826 BGB) mit Hilfe von grundrechtlichen Bewertungsfaktoren geht. Diese Auffüllung der zivilrechtlichen Normen kann jedoch nicht ohne Berücksichtigung der den Einzelfall charakterisierenden Umstände geschehen²⁾.

Insofern erweist sich also die Vorgehensweise des BVerfG, sowohl eine abstrakte als auch eine konkrete Güterabwägung vorzunehmen, durchaus als angemessen, wobei dem BVerfG allenfalls der Vorwurf zu machen ist, diese beiden Abwägungsstränge nicht genügend getrennt, sondern alle Abwägungsfaktoren zugleich mit der Auslegung des § 826 BGB vermengt und dadurch sich selbst den Weg zu einer rationalen, nachvollziehbaren Entscheidungsfindung verbaut zu haben³⁾.

Im folgenden soll deshalb zunächst eine abstrakte Abwägung der widerstreitenden Güter nach ihrem Rangverhältnis unternommen werden; im Anschluß daran sind die für die hier interessierende Fallgruppe typischen Einzelfallumstände in die Abwägung einzubeziehen.

1) Andresen, Warentest, S. 187.

2) Ders., S. 188; zustimmend zur Methode der Güterabwägung anhand der Einzelfallumstände auch v.Münch, Art. 5 GG, Rdn. 52.

3) In diesem Sinne auch die Kritik von v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 196.

3. Der verfassungsrechtliche Schutz der Unternehmensinteressen

Um eine abstrakte Abwägung der bei der Gewerbekritik widerstreitenden Güter vornehmen zu können, gilt es, nachdem die verfassungsrechtliche Verbürgung der Meinungsfreiheit zugunsten dessen, der sich kritisch über Konsumgüter oder gewerbliche Leistungen äußert, festgestellt wurde, zu fragen, ob auch die davon betroffenen Unternehmensinteressen, insbes. das Interesse an der Erhaltung des geschäftlichen Ansehens, grundrechtlich abgesichert sind.

a. Wenn v.Köller dazu meint, eines Zurückgreifens auf das Verfassungsrecht bedürfe es nicht, da das Interesse des Verletzten, in seiner unternehmerischen Tätigkeit nicht beeinträchtigt zu werden, schon dem Zivilrecht (§§ 826, 823 Abs. 1 BGB, 1 UWG) entnommen werden könne¹⁾, übersieht er, daß es wegen der dargestellten Wechselwirkung zwischen dem Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 GG und des es einschränkenden Gesetzes darauf ankommt, den - auch verfassungsrechtlichen - Rang der gesetzlich geschützten Güter im Verhältnis zu den Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG zu bestimmen, um zu erkennen, inwieweit diese Gesetze die Meinungsfreiheit einzuschränken vermögen.

b. In der Literatur werden als mögliche verfassungsrechtliche Absicherungen der Unternehmensinteressen die Grundrechte aus Art. 14, 12 und 2 Abs. 1 GG genannt²⁾. Dabei geht es hier nicht um die allgemeine Ableitung des einfachgesetzlichen Unternehmensschutzes aus dem Verfassungsrecht und um den Schutz des Unternehmens gegen staatliche Eingriffe, sondern die Fragestellung ist dahingehend einzuengen, ob das Interesse an von unberechtigter Kritik freier Warenproduktion und -verbreitung, das Interesse also an der Erhaltung des ge-

1) v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 244 f.

2) Nipperdey, DVBl 1958, 445 ff, 449; Larenz, BGH AP Nr. 2 zu Art. 5 I GG, Bl. 130 ff; v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 61, 211, 244.

schäftlichen Ansehens, das Interesse am noch zu Erwerbenden¹⁾, in den Schutzbereich eines der genannten Grundrechte fällt.

aa. Was zunächst das Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG betrifft, so genießen natürlich auch Unternehmen Eigentumschutz; selbst der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb ist als Eigentumsrecht i.S.v. Art. 14 GG anerkannt²⁾. Allerdings handelt es sich bei Art. 14 Abs. 1 GG um ein nur gegen den Staat gerichtetes Grundrecht, das keine Drittwirkung entfaltet³⁾. Für den Unternehmensschutz gegenüber Privaten lassen sich aus Art. 14 GG deshalb keine Wertungsfaktoren ableiten⁴⁾.

bb. Dasselbe gilt für das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG: Zwar umfaßt die Berufsfreiheit auch die Freiheit unternehmerischer Betätigung⁵⁾, mangels Drittwirkung ist aber auch dieses Grundrecht für die Beurteilung privatrechtlicher Konfliktslagen nicht einschlägig⁶⁾.

cc. Mithin kann auf das Auffangrecht⁷⁾ der freien Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 GG zurückgegriffen werden, das nach inzwischen allgemeiner Ansicht als umfassendes Freiheitsrecht die allgemeine Handlungsfreiheit sichert⁸⁾ und deshalb auch auf wirtschaftlichem Gebiet gilt und die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit verbürgt⁹⁾.

1) v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 245 und Fn. 14.

2) BVerfGE 1, 264 ff, 277; Dicke in v.MüncH, Art. 14 GG, Rdn. 14; Badura, AöR 98 (1973), S. 153 ff, 172 f; Kimminich in Bonner Kommentar, Art. 14 GG, Rdn. 75 ff.

3) Maunz in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 14 GG, Rdn. 10; Kimminich in Bonner Kommentar, Art. 14 GG, Rdn. 87.

4) Ebenso Andresen, Warentest, S. 191; Raiser, Grundgesetz und Privatrechtsordnung, S. B 27.

5) Cubelt in v.MüncH, Art. 12 GG, Rdn. 18; Schmidt-Bleibtreu in Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 12 GG, Rdn. 6.

6) Maunz in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 12 GG, Rdn. 3 f; Andresen, Warentest, S. 192.

7) Dürig in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 2 Abs. 1 GG, Rdn. 3; Ramm, JZ 1972, 137 ff, 138.

8) Vgl. insbes. BVerfGE 6, 32 ff, 36.

9) BVerfGE 25, 371 ff, 407; 29, 260 ff, 266; 50, 290 ff, 366; Dürig in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 2 I GG, Rdn. 11; v.MüncH, Art. 2 GG, Rdn. 19.

Gewährleistet Art. 2 Abs. 1 GG die Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr, so muß grundsätzlich auch das Interesse an einer nicht von unzulässiger Kritik beeinträchtigten unternehmerischen Betätigung als von diesem Grundrecht erfaßt angesehen werden.

Der Unternehmensschutz gegen schädigende Äußerungen erfährt also verfassungsrechtliche Verstärkung durch das Freiheitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG, dem als objektiver Wertentscheidung des Grundgesetzes¹⁾ auch Drittwirkung gegenüber Dritten beizumessen ist. Daraus erhellt, daß bei den Fällen unternehmensschädigender Kritik grundsätzlich beide Seiten mit ihren kollidierenden Interessen Grundrechtsschutz genießen, daß also Art. 2 Abs. 1 GG einen verfassungsrechtlichen Gegenpol zu Art. 5 Abs. 1 GG bildet.

4. Der verfassungsrechtliche Rang der bei der Gewerbekritik widerstreitenden Güter

Um für die zivilrechtliche Konfliktlösung Wertungselemente zu gewinnen, ist das abstrakte Rangverhältnis zwischen den festgestellten kollidierenden Gütern zu klären:

a. Der hohe Rang des auf Seiten des Warenkritikers streitenden Grundrechts der Meinungsfreiheit wurde schon aufgezeigt; insbes. der für die Beachtlichkeit der Grundrechte im Privatrechtsverkehr entscheidende objektivrechtliche Gehalt, nämlich die Garantie einer freiheitlichen Kommunikation, verleiht ihm den besonderen Rang im freiheitlich-demokratischen Gemeinwesen²⁾.

b. Dagegen ist der Stellenwert der Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG nicht so einfach zu bestimmen. Art. 2 Abs. 1 GG hat zwar einen sehr weiten Schutzbereich, die umfassende Garantie bedingt aber wiederum eine weitreichende Schranken-

1) Dürig in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 2 I GG, Rdn. 72.

2) Vgl. dazu o. S. 148 ff.

ziehung, so daß die konkrete Bedeutung des Grundrechts trotz seines sehr weiten Schutzbereiches gegenüber anderen Grundrechten erheblich relativiert ist.

aa. Die allgemeine Handlungsfreiheit ist zum einen gemäß Art. 2 Abs. 1 GG nur innerhalb der Grenzen der verfassungsmäßigen Ordnung gewährleistet. Ohne daß im Rahmen dieser Arbeit der Begriff verfassungsrechtlich eingehend geklärt werden kann¹⁾, so bedeutet diese Einschränkung nach der Rechtsprechung des BVerfG, daß die allgemeine Handlungsfreiheit in den Rahmen der Rechtsordnung eingebettet ist, daß die Gesamtheit der formell und materiell verfassungsgemäßen Normen die Entfaltungsfreiheit begrenzt²⁾.

Für die Handlungsfreiheit im wirtschaftlichen Bereich heißt das insbes., daß auch die Wirtschaftsordnung des Staates den Rahmen für die Unternehmensfreiheit steckt. Für die grundsätzlich marktwirtschaftliche Wettbewerbswirtschaft, die sich unter der Geltung des Grundgesetzes entwickelt hat, ist zwar die Unternehmensfreiheit ein wesentlicher Bestandteil, diese Freiheit geht aber nicht so weit, daß aus ihr ein Anspruch auf von negativer Kritik ungestörten Absatz erwachsen würde. In einem marktwirtschaftlichen System trägt jeder Mitbewerber selbst das systemimmanente Risiko, z.B. auch durch Leistungskritik am Markt Absatzeinbußen zu erleiden³⁾. Die marktwirtschaftliche Ordnung garantiert ihm nicht die Erhaltung seines Geschäftsumfanges⁴⁾, sondern in einer Wettbewerbswirtschaft obliegt es jedem selbst, sich durch Leistung und nicht durch Ausschluß freier Kommunikation am Markt durchzusetzen, was allerdings andererseits nicht bedeutet, daß jede auch noch so unberechtigte Kritik hinzunehmen ist, was schon ein Blick auf Normen wie §§ 824 BGB oder 14 UWG beweist.

1) Zur Diskussion vgl. Dürig in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 2 Abs. 1 GG, Rdn. 17 ff m.w.N.

2) BVerfGE 6, 32 ff, 38; 50, 256 ff, 262; v.Münch, Art.2 GG, Rdn. 30; Klein in Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art.2 GG, Rdn.9.

3) Andresen, Warentest, S. 194.

4) So BVerfGE 24, 236 ff, 251.

Die Freiheit im wirtschaftlichen Bereich ist also durch ihre Einbindung in die marktwirtschaftliche Ordnung als Teil der verfassungsmäßigen Ordnung i.S.d. Art. 2 Abs. 1 GG erheblichen Einschränkungen unterworfen.

bb. Die zweite Schranke der Handlungsfreiheit stellen nach Art. 2 Abs. 1 GG die "Rechte anderer" dar, d.h. alle subjektiven privaten und öffentlichen Rechte, insbes. die Grundrechte der Mitmenschen¹⁾. Geht es um die Abwehr schädigender Äußerungen, so wird das Interesse an freier wirtschaftlicher Betätigung vor allem durch das Grundrecht der freien Meinungsäußerung aus Art. 5 Abs. 1 GG, das der Kritiker für sich in Anspruch nehmen kann, begrenzt.

Die Kollision zwischen den grundrechtlich geschützten Interessen aus Art. 2 Abs. 1 GG einerseits und Art. 5 Abs. 1 GG andererseits ist allerdings nicht in der Weise zu lösen, daß der Meinungsfreiheit stets der Vorrang gegenüber der allgemeinen Handlungsfreiheit einzuräumen wäre. Dabei würde übersehen, daß auch das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 GG nicht unbeschränkt gewährleistet ist. Bei Grundrechtskollisionen hat die Entscheidungsfindung nicht in der Weise zu erfolgen, daß einfach einem grundrechtlich verbürgten Gut auf Kosten eines anderen der Vorzug gegeben wird, sondern es hat ein Abwägungsprozeß stattzufinden, bei dem das wechselseitige Spannungsverhältnis der kollidierenden Rechte mit ihren jeweiligen Beschränkungen Beachtung finden muß, so daß Ziel der Abwägung zu sein hat, einen möglichst schonenden Ausgleich der widerstreitenden Güter zu finden²⁾. Abwägungskriterien sind dabei zum einen das abstrakte Rangverhältnis der kollidierenden Rechte und zum anderen die den Einzelfall prägenden besonderen Umstände.

1) Dürig in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 2 Abs. 1 GG, Rdn. 73; v.MüncK, Art. 2 GG, Rdn. 25.

2) So die ständige Rspr. des BVerfG: E 35, 202 ff, 225; 39, 1 ff, 43; vgl. auch v.MüncK, Rdn. 44 ff vor Art. 1-19 GG; ähnlich Hesse, Verfassungsrecht, § 2 III 2 c, bb, S. 28 f, der vom Prinzip praktischer Konkordanz spricht.

c. Betrachtet man nun abschließend das abstrakte Rangverhältnis der hier kollidierenden Grundrechte, so ergibt die Wertung, daß grundsätzlich der Meinungsfreiheit der Vorzug zu geben sein wird. Zum einen folgt das aus der überragenden Bedeutung dieses Grundrechts für das freiheitlich-demokratische Gemeinwesen und zum anderen ergibt sich das aus der durch die Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG stark eingegengten Wirkung der allgemeinen Handlungsfreiheit. Das grundsätzliche Zurücktreten der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit gegenüber dem besonderen Wert freiheitlicher Kommunikation ist für den kritisierten Betroffenen auch nicht unzumutbar, da er wiederum selbst die Möglichkeit hat, in den Kommunikationsprozeß einzugreifen und Angriffen auf diesem Felde geistiger Auseinandersetzung zu begegnen, so daß es grundsätzlich eines Beschneidens der Meinungsfreiheit durch zivilrechtliche Sanktionen nicht bedarf.

Die auf diese Weise verfassungsrechtlich abgeleitete Vermutung für eine freie Rede entspricht auch dem Ergebnis, das bei der Auslegung des einfachgesetzlichen Unternehmensschutzes gefunden wurde: Oben war dem Gedanken des § 193 StGB entnommen worden, daß auch negative Urteile über Konsumgüter oder gewerbliche Leistungen grundsätzlich zulässig sind und nur bei Vorliegen besonderer Umstände als unzulässig qualifiziert werden können¹⁾. Die Auslegung des unternehmensschützenden einfachen Gesetzesrechts erweist sich mithin als verfassungskonform.

Als Zwischenergebnis sowohl der Prüfung der deliktsrechtlichen Grundlagen des Unternehmensschutzes als auch der verfassungsrechtlichen Überprüfung des abstrakten Rangverhältnisses der bei der Fallgruppe der unternehmensschädigenden Äußerungen kollidierenden Grundrechtspositionen kann also festgehalten werden, daß grundsätzlich dem Wertgehalt freiheitlicher Kommunikation der Vorzug zu geben ist. Demgegenüber sind die Unternehmensinteressen an einer Unterbindung schädigender Kritik nur bei Vorliegen besonderer Umstände, die im folgenden darzustellen sind, vorrangig.

1) s.o. S. 114 ff; ebenso Reinhardt, Festschrift für Lange, S. 195 ff, 197 f.

IV. Die besonderen Merkmale unzulässiger Unternehmenskritik

Die Herausarbeitung konkreter Zulässigkeitskriterien kann hier nicht für alle Bereiche von Gewerbekritik erfolgen, sondern entsprechend dem Thema der Arbeit nur für den Bereich der Unternehmenskritik durch einzelne Verbraucher, denn bei den besonderen Merkmalen, die eine Kritik als unzulässig erscheinen lassen, handelt es sich um Einzelfallumstände, so daß eine typisierende Konkretisierung derartiger Umstände allenfalls fallgruppenspezifisch möglich ist.

Geht man auf den Ausgangspunkt der Überlegungen zum einfachgesetzlichen Unternehmensschutz zurück, so war dem Gedanken des § 193 StGB zu entnehmen, daß tadelnde Urteile über gewerbliche Leistungen nur insoweit zivilrechtlich als unzulässige Beeinträchtigung der schützenswerten Unternehmensinteressen angesehen werden können, als sich dies aus der Form der Äußerung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, ergibt¹⁾.

Anhand dieses Maßstabes aus § 193 als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens sollen im folgenden exemplarisch für die Fallgruppe der gewerbeschädigenden Äußerungen durch einzelne Verbraucher konkrete Bewertungsfaktoren und Verhaltensgebote erarbeitet werden.

1. Unzulässigkeit aufgrund der Form der Äußerung

a. § 193 StGB als Fairneßgebot

Wenn der als besondere Ausprägung des Rechts auf freie Meinungsäußerung zu begreifende § 193 StGB²⁾ regelt, daß tadelnde Urteile über gewerbliche Leistungen wegen ihrer äußeren Form als Beleidigungen anzusehen sein können, so wird damit

1) Vgl. dazu o. S. 114 ff.

2) BGHSt 12, 287 ff, 293; BVerfG, JZ 1976, 589 ff, 591; Wenzel, Recht der Wort- und Bildberichterstattung, Rdn. 5.23, S. 187.

zum Ausdruck gebracht, daß im durch Art. 5 Abs. 1 GG an sich gewährleisteten Prozeß freiheitlicher Kommunikation nicht jede Form von Kritik erlaubt ist, sondern daß es eine Grenze gibt, bis zu der kritische Äußerungen von ihrer äußeren Form her nur zulässig sind. Äußerungen, die diesen äußeren Rahmen überschreiten, brauchen - zivilrechtlich gesehen - vom Betroffenen nicht mehr geduldet zu werden, denn in ihrer Form ungebührliche Äußerungen sind auch kein tauglicher Beitrag im von Art. 5 GG garantierten Meinungsbildungsprozeß. Damit wird klargestellt, daß die Freiheitlichkeit des Kommunikationsprozesses mit der Einhaltung gewisser Mindestbedingungen an Fairneß verknüpft ist.

Daß Formalbeleidigungen, die die persönliche Ehre eines Dritten verletzen, unzulässig sind, bedarf keiner Erörterung. § 193 StGB stellt aber darüberhinaus klar, daß auch bei Urteilen, die sich mit gewerblichen Leistungen befassen, also insbes. bei den hier interessierenden negativen Äußerungen über Konsumgüter oder Dienstleistungen, ebenfalls eine Grenze hinsichtlich der äußeren Form der Äußerung zu ziehen ist. Eine solche formelle Grenzziehung bedeutet nicht - wie Andresen etwas abfällig formuliert¹⁾ -, daß die Gerichte Stilkritik üben, sondern daß sie Rechtsschutz gewähren können, wenn im Rahmen öffentlicher Auseinandersetzungen nicht einmal ein Mindestmaß an Fairneß eingehalten wird, was die äußere Form einer Kritik betrifft.

b. Grenzziehung im Einzelfall

aa. Allerdings ist die Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Äußerungen im Einzelfall nicht einfach: Soll, wie der BGH früher verlangt hat, nur die schonendste Form von Kritik gestattet sein²⁾ oder ist, wie es der BGH seit der "Höllengeheiß"-Entscheidung formuliert, nur die "böswillige oder gehässige Schmähkritik" im Gegensatz zu einer Kritik, "die

1) Andresen, Warentest, S. 222.

2) So BGHZ 3, 270 ff, 281 ("Constanze").

auf eine Begründung verzichtet und in hämisch-ironischer oder schimpfend-polternder Art die Gegenmeinung angreift¹⁾, unzulässig? Bei der konkreten Grenzziehung ist wieder das einfache Gesetzesrecht im Lichte der Bedeutung des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 GG zu sehen²⁾, das den Rahmen zulässiger Kritik bestimmt.

Von daher ergibt sich folgende Abgrenzung:

(1) Wer in sachlicher Weise Kritik an den Leistungen eines gewerblichen Unternehmens übt, handelt stets rechtmäßig, selbst wenn sich seine Äußerungen auf den Absatz des Betroffenen schädigend auswirken. Wer nämlich negative Kritik in sachlicher Form äußert, nimmt lediglich sein Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 GG wahr³⁾, das in der Weise universell verbürgt ist, daß es die öffentliche Auseinandersetzung auch über Fragen des ökonomischen Lebensbereiches gewährleistet und dabei personell umfassend auch die Beteiligung des einzelnen Verbrauchers an diesem Kommunikationsprozeß sichert⁴⁾.

(2) Die Grenze der Zulässigkeit ist auch noch nicht generell dann überschritten, wenn Kritik unsachlich geäußert wird: In Art. 5 Abs. 1 GG steht nämlich nichts davon, daß jeder das Recht habe, nur sachlich seine Meinung zu sagen, sondern, daß es jedem frei steht, seine Meinung kundzutun⁵⁾. Das vom BGH früher vertretene Erfordernis der Sachlichkeit der Meinungsäußerung⁶⁾ ist deshalb nicht zu halten.

(3) Aus § 193 StGB ergibt sich vielmehr, daß Meinungsäußerungen hinsichtlich ihrer äußeren Form erst dann unzulässig sind, wenn sie beleidigenden Charakter haben. Es wäre

1) BGHZ 45, 296 ff, 308, 310.

2) So der Grundsatz der "Wechselwirkung" nach BVerfGE 7, 198 ff, 208 f ("Lüth"); s. dazu schon o. S. 157 ff.

3) Uhlitz, NJW 1966, 2097; Löffler, Presserecht, Bd. 1, Rdn. 6 zu § 193 StGB, S. 319; so auch schon RGSt 39, 311 ff, 312.

4) s.o. S. 149 ff.

5) So pointiert Arndt, NJW 1964, 1312; ebenso Mallmann, JZ 1966, 625 ff, 632; Schricker, AcP 172, S. 203 ff, 233: keine "Sachlichkeitszensur".

6) z.B. BGH NJW 1963, 484 ff, 485 ("Damenmäntel"); so auch noch LG Kempten, BB 1973, 163 f ("Fiat").

auch durch nichts zu rechtfertigen, würde man Eingriffe in die gewerbliche Interessensphäre stärkeren Beschränkungen unterwerfen als etwa Verletzungen der persönlichen Ehre¹⁾.

Mögen mithin Äußerungen auch aggressiv, scharf, übertreibend, überspitzt, unhöflich²⁾ oder hämisch-ironisch, schimpfend-polternd³⁾ sein und mag sich der Äußernde auch im Ton vergriffen haben⁴⁾, unzulässig sind derartige Äußerungen nur, wenn sie von ihrer äußeren Form her, ihrer Ausdrucksweise als beleidigend bezeichnet werden können.

Wann nun eine derartige Formalbeleidigung konkret angenommen werden kann, hängt auch davon ab, ob die Äußerung einen Gewerbetreibenden oder ein Unternehmen personal betrifft, also die Geschäftsehre unmittelbar beeinträchtigt⁵⁾ oder ob sich die Äußerung mit dem Ergebnis unternehmerischer Tätigkeit, z.B. einem Konsumgut, befaßt und daher nur den wirtschaftlichen Ruf des Betroffenen schädigt. Im ersten Fall des Hineingreifens in den Bereich persönlicher Ehrverletzung wird man bei der Annahme einer Formalbeleidigung nicht restriktiv urteilen dürfen. Anders bei den Äußerungen, die unmittelbar lediglich den Warenruf betreffen: Hier ist die Annahme wegen ihrer Form beleidigender Äußerungen auf wirklich eindeutige Fälle zu beschränken, um eine freimütige Auseinandersetzung über das Konsumgüterangebot zu gewährleisten.

Derartige Äußerungen wird man nur dann als beleidigend ansehen dürfen, wenn sie in ihrer Form oder Ausdrucksweise das Maß dessen, was man auch in einer freien Auseinandersetzung als Minimum an äußerer Fairneß fordern muß, überschreiten,

1) Ebenso Uhlitz, NJW 1966, 2097 ff, 2098.

2) Ders., S. 2098.

3) BGHZ 45, 296 ff, 308 ("Höllenfeuer").

4) Arndt, NJW 1964, 1312.

5) So z.B. bei der Bezeichnung eines Maklers als "Kredit-hai": vgl. OLG Zweibrücken, NJW 1981, 129 f und o. S.100; ebenso die Bezeichnung eines Unternehmers als "Halsabschneider": BGH LM Nr. 40 zu Art. 5 GG.

wenn also z.B. Schimpfworte oder anstößige Ausdrucksweisen verwendet werden. Nur in solchen Fällen kann man sagen, daß das Forum der öffentlichen Kommunikation zu beleidigenden Äußerungen mißbraucht wird. In allen anderen Fällen auch scharfer oder polemischer Kritik muß es dagegen dem Urteil des mündigen Bürgers überlassen bleiben, was er von solch einer Meinung zu halten hat¹⁾ und ist es dem Betroffenen zuzumuten, derartigen Angriffen selbst auf dem Feld geistiger Auseinandersetzung entgegenzutreten, ohne Rechtsschutz zum Verbot solcher Kritik erlangen zu können.

bb. Die so gefundene Abgrenzung dürfte im Ergebnis bei der Beurteilung eines Einzelsachverhaltes kaum zu Unterschieden zur Rechtsprechung des BGH führen, der seit der "Höllenfeuer"-Entscheidung die Grenze zulässiger Kritik bei böswilliger oder gehässiger Schmähkritik ansetzt²⁾. Allerdings ergeben sich bei der hier vorgeschlagenen Vorgehensweise zum einen methodische Vorzüge und zum anderen Vorteile bei der Entscheidungsfindung im Einzelfall:

Beim BGH bleibt nämlich methodisch unerfindlich, wie er gerade zu dieser Abgrenzung gelangt ist. Bei der konturlosen Güter- und Interessenabwägung sind die Abwägungskriterien austauschbar; eine der Rechtssicherheit dienende nachvollziehbare und verallgemeinerungsfähige Abgrenzung findet nicht statt³⁾. Sieht man dagegen den entscheidenden Beurteilungsmaßstab im Rechtsgedanken des § 193 StGB, so ist die Abgrenzung gesetzlich vorgezeichnet. Daß Form und Umstände die Unzulässigkeit einer Äußerung begründen können, ergibt sich daraus in methodisch nachvollziehbarer Weise. Auch dürfte es im Einzelfall schwerer zu konkretisieren sein, ob eine unzulässige Schmähkritik vorliegt, als den formal beleidigenden Charakter einer Äußerung festzustellen, da hierbei auf das vorliegende Entscheidungsmaterial zu den strafrechtlichen Beleidigungsvorschriften zurückgegriffen werden kann.

1) So auch BGHZ 45, 296 ff, 308 ("Höllenfeuer").

2) Ebenda, S. 310.

3) Kritisch auch Wenzel, Recht der Wort- und Bildberichterstattung, Rdn. 5.25 ff, S. 188 f.

c. Besondere Fallgestaltungen

Der hier herausgearbeitete sehr weite Spielraum für negative Kritik, was ihre äußere Form, die verwendete Ausdrucksweise betrifft, mag nicht für alle in Frage kommenden Fallgruppen unternehmensschädigender Äußerungen gleich zutreffend sein.

aa. Denkt man an Warenkritiken in Massenmedien, insbes. an gewerbekritische Fernsehsendungen oder an die von den Warentestinstituten in der Öffentlichkeit verbreiteten Warentests, so dürfte es vertretbar erscheinen, für derartige öffentlichkeitswirksame Darstellungen von Medien mit zum Teil Monopolcharakter den Toleranzbereich etwas enger zu ziehen. Tragender Gedanke für die Beurteilung gewerbeschädigender Äußerungen war ja die Gewährleistung eines freiheitlichen Kommunikationsprozesses, dessen Funktionieren nur garantiert ist, wenn die Beteiligten ein Minimum an Fairneß walten lassen, das es der betroffenen Gegenseite ermöglicht, Kritik und Angriffen ebenfalls durch einen Beitrag zu dieser Auseinandersetzung wirksam entgegentreten zu können¹⁾.

Hält man sich die publizistische Macht und die Verbreitung in der Öffentlichkeit insbes. der Sendungen von Rundfunk und Fernsehen vor Augen, so wird deutlich, daß es dem Betroffenen schwer fallen wird, auf dort geäußerte Kritik in gleich wirksamer Weise zu antworten. Aufgrunddessen ist es gerechtfertigt, gerade beim Fernsehen die Toleranzgrenze enger zu ziehen und es zu abgewogenerer Darstellung insbes. auch in der Form der Beiträge zu verpflichten²⁾.

Im Rahmen dieser Arbeit soll auf die besonderen Anforderungen, die an gewerbekritische Urteile von Massenmedien zu stellen sind, aber nicht näher eingegangen werden.

bb. Jedenfalls ist für die hier interessierende Fallgruppe der Äußerungen durch einzelne Verbraucher festzuhalten, daß in diesem Bereich derartige Gesichtspunkte wie publizisti-

1) Vgl. insbes. Kübler, AcP 172, S. 177 ff, 196 ff; Andresen, Warentest, S. 218 ff.

2) Kübler, AcP 172, S. 177 ff, 198; Kötz, Deliktsrecht, S. 310 f.

sche Macht oder besonderes Vertrauen der Öffentlichkeit und damit korrespondierende Verantwortung, die in anderen Bereichen zu einer Einengung der Toleranzgrenzen führen können, nicht einschlägig sind. Bei unternehmensschädigenden Äußerungen einzelner Verbraucher ist es gerechtfertigt, die Toleranzgrenze hinsichtlich der Form der Äußerung so weit hinauszuschieben, daß nur noch solche Äußerungen, die jegliches Minimum an Fairneß, das eben für menschliches Zusammenleben und Handeln in der Öffentlichkeit schlechthin verlangt werden muß, vermissen lassen, als unzulässig abgelehrt werden können.

(1) Der Verbraucher hat nämlich als Einzelner, wenn er sich, sei es im Gespräch, durch einen Leserbrief oder auch eine eigene Aktion in der Öffentlichkeit äußert, keine derartige publizistische Macht, daß eine Mäßigung seinerseits in der Ausdrucksweise erforderlich würde. Vielmehr muß ihm umgekehrt gerade zugestanden werden, etwa durch Übertreibung oder Simplifikation überhaupt erst Interesse in der Öffentlichkeit zu erwecken¹⁾. Ohne solch bewußt emotionale oder übertriebene Darstellung würde es ihm sonst kaum gelingen, Aufmerksamkeit im öffentlichen Bewußtsein zu finden. Auch wenn man bedenkt, daß die von der Gegenseite kommende Darstellung in der Öffentlichkeit, nämlich die Werbung, selbst meist unsachlich, weil nicht informativ, sondern suggestiv ist, wird deutlich, daß es oft ebenfalls Übertriebener oder unsachlicher Darstellung bedarf, will der Verbraucher den so aufgebauten Nimbus einer Ware zerstören, mit der er etwa der Werbung gerade entgegengesetzte Erfahrungen gemacht hat²⁾.

(2) Auch der Gesichtspunkt des besonderen Vertrauens in der Öffentlichkeit, mit dem eine entsprechende Verantwortlichkeit zu begründen wäre, trifft bei kritischen Äußerungen

1) Andresen, Warentest, S. 214.

2) Kötz, Deliktsrecht, S. 308; Kübler, AcP 172, S. 177 ff., 190 ff. Deshalb war auch die ironische Kritik des Beklagten im "Fiat"-Fall (s.o. S. 3f) nicht zu beanstanden; entgegen der Ansicht des LG Kempten (BB 1973, 163 f) war diese Kritik aber keineswegs sachlich.

einzelner Verbraucher nicht zu. Anders als bei den Tests etwa der Stiftung Warentest, bei denen das angesprochene Publikum auf die Sachkunde und Objektivität der Tester vertraut und die deshalb auch diesem Informationsinteresse entsprechende Darstellungen zu wählen haben¹⁾, ist bei negativer Kritik durch einzelne Verbraucher der subjektive Bezug stets offensichtlich²⁾. Die Öffentlichkeit vermutet hinter kritischen Äußerungen Einzelner schon gar nicht objektive und durch wissenschaftliche Methoden etwa fundierte Urteile, sondern ist sich bewußt, daß derartige Äußerungen meist auf eigenen negativen Erfahrungen z.B. mit bestimmten Konsumgütern beruhen und daher notwendig subjektiv eingefärbt sind. Die Erkennbarkeit des tatsächlichen Hintergrundes von Verbraucherkritik läßt es gerechtfertigt erscheinen, die subjektiven Bezüge auch in der Form der Darstellung zuzulassen und sie nicht weiteren Einschränkungen zu unterwerfen. Wer sich in der Öffentlichkeit - wie meist der einzelne Verbraucher - erkennbar aufgrund subjektiver Erfahrungen oder persönlichen Engagements äußert, dem muß man zubilligen, daß er sich wegen seines Interesses, seines Eifers, im "Zorn der freien Rede"³⁾ auch einmal im Ton vergreift. Bis zur Grenze der Formalbeleidigung müssen seine Äußerungen jedenfalls geduldet werden.

2. Unzulässigkeit aufgrund besonderer Umstände

a. Problemstellung

§ 193 StGB, dem hier die Beurteilungsfaktoren zur Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Äußerungen entnommen werden, nennt neben der Unzulässigkeit einer Kritik aufgrund ihrer Form weiter die Möglichkeit, daß eine Äußerung aufgrund der

1) Vgl. BGHZ 65, 325 ff, 333 ff ("Warentest").

2) Dazu s. schon o. S. 140 ff.

3) Uhlitz, NJW 1966, 2097 ff, 2099.

Umstände, unter welchen sie geschah, als unzulässig angesehen werden kann. Welche konkreten Umstände nun gerade bei der speziellen Fallgruppe der negativen Äußerungen durch Verbraucher der Kritik unzulässig herabwürdigenden Charakter zukommen lassen können, soll im folgenden herausgearbeitet werden.

aa. Der Verweis auf ein Abwägen konkreter Fallumstände scheint auf den ersten Blick allerdings mit dem besonderen Wertgehalt des Kommunikationsgrundrechts aus Art. 5 Abs. 1 GG nicht in Einklang zu stehen.

Wenn einerseits die personelle und thematische Universalität des Kommunikationsprozesses betont wurde und zudem von einem grundsätzlichen Vorrang der Äußerungsfreiheit vor den Unternehmensinteressen nach dem abstrakten Rang dieser Positionen ausgegangen worden war¹⁾, so scheint dem zu widersprechen, wenn dennoch zur Abgrenzung Einzelfallumstände berücksichtigt werden sollen. Dabei würde aber übersehen, daß bei einer Kollision grundrechtlich geschützter Positionen die Entscheidungsfindung nicht in der Weise erfolgen darf, daß generell dem abstrakt höher einzustufenden Gut der Vorrang eingeräumt wird, sondern daß entsprechend den Grundsätzen der Wechselwirkung zwischen Garantie und Schranken der einzelnen Grundrechte ein möglichst schonender Ausgleich der widerstreitenden Positionen stattzufinden hat²⁾.

Dies ist aber nur möglich, wenn alle Umstände in die Wertung miteinbezogen werden, die im Einzelfall aufgrund besonderer Konstellationen das an sich abstrakt höherwertige Gut zurückstehen lassen können. § 193 StGB bestimmt somit durchaus verfassungskonform, daß die Unzulässigkeit einer Äußerung sich auch aus den Umständen, unter welchen sie geschah, ergeben kann.

1) s.o. S. 149 ff und 162 ff.

2) BVerfGE 35, 202 ff, 225; 39, 1 ff, 43; dazu s. schon o. S. 164.

bb. Für die Frage, um was für Umstände es sich handeln kann, die in die Wertung miteinzufließen haben, ergeben sich aus dem "Lüth"-Urteil des BVerfG wichtige Anhaltspunkte¹⁾:

Dort werden als Wertungsgesichtspunkte mit aufgeführt, ob z.B. vom Grundrecht zum Zweck privater Auseinandersetzung Gebrauch gemacht wird oder ob der Redende in erster Linie zur Bildung öffentlicher Meinung beitragen will. Das BVerfG konstituiert damit eine Zweck-Mittel-Relation, nach der der Schutz des privaten Rechtsguts um so mehr zurücktreten muß, je mehr es sich nicht um die Äußerung im privaten wirtschaftlichen Verkehr und in Verfolgung eigennütziger Ziele, sondern um einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit interessierenden Frage handelt. Als Bewertungsfaktoren, die zur Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Äußerungen herangezogen werden könnten, sind deshalb z.B. der mit der Äußerung verfolgte Zweck, das verwendete Mittel, der sachliche Gehalt der Äußerung, das Informationsinteresse der Öffentlichkeit oder die Wirkung der Äußerung in der Öffentlichkeit denkbar.

In ähnlicher Weise geht v.Köller vor²⁾, wenn er zur Abgrenzung innerhalb des Gesamtbereiches des Kommunikationsprozesses einzelne Kommunikationskreise entsprechend ihres unterschiedlichen sachlichen Gehaltes und ihres unterschiedlichen Bezuges zur Öffentlichkeit gegeneinander absetzt, um ihrem möglicherweise unterschiedlichen Gewicht im Verhältnis zum geschädigten Unternehmen nachzugehen. Wenn dies im Ansatz auch zutreffend ist, so ist doch zu bemängeln, daß v.Köller mit dem sachlichen Gehalt der Äußerung und ihrem Öffentlichkeitsbezug lediglich zwei der möglichen Bewertungsfaktoren berücksichtigt, andere aber von gleicher Bedeutung, wie z.B. den mit der Äußerung verfolgten Zweck außer Betracht läßt.

1) BVerfGE 7, 198 ff, 212.

2) v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 249 ff.

Die genannten Fallumstände sind deshalb als Entscheidungstopoi daraufhin zu untersuchen, ob und inwieweit sie bei der Unternehmenskritik durch einzelne Verbraucher entsprechend § 193 StGB die Qualifizierung einer Äußerung als erlaubt oder unzulässig beeinflussen können.

b. Der Öffentlichkeitsbezug der Äußerung

Als ein Kriterium, den Toleranzbereich unternehmensschädigender Äußerungen einzuengen oder auszuweiten, kommt zunächst die Wirkungsweise der Äußerung in der Öffentlichkeit in Betracht. Der potentielle Schädigungsfaktor einer Kritik, insbesondere z.B. ihr Einfluß auf den Absatz eines Produkts, kann je nachdem erheblich verschieden sein, welchen Verbreitungsgrad diese Kritik hat. Es macht einen großen Unterschied, ob eine Kritik etwa durch die Massenmedien wie Fernsehen oder überregionale Presse verbreitet wird oder ob etwa negative Kritik nur mündlich weitergegeben wird und deshalb auch nur geringe Wirkung in der Öffentlichkeit hat.

Das Interesse der betroffenen Unternehmen an einer Unterbindung schädigender Äußerungen wird naturgemäß um so größer sein, je größer der Verbreitungsgrad und damit das Schädigungspotential der Kritik ist. Allerdings ist es nicht so, daß nur bei überregional verbreiteten Äußerungen auch die Interessen der Kritisierten besonders tangiert sein müssen. Vielmehr muß der Verbreitungsgrad der Kritik auch in Beziehung zu dem Tätigkeitskreis der Betroffenen gesetzt werden. Gegenstand unternehmensschädigender Äußerungen sind ja nicht nur die überall verbreiteten Konsumgüter großer Konzerne, sondern schädigende Kritik kann genauso auch kleinere Unternehmen wie Handwerksbetriebe oder Dienstleistungsunternehmen mit örtlichem Wirkungskreis betreffen. Wird also etwa das Geschäftsgebaren eines Maklers¹⁾ im Bereich seines Tätigkeitskreises z.B. durch die örtliche Tagespresse kritisiert, so kann diese Kritik für ihn wirtschaftlich genauso vernichtende Folgen haben wie z.B. für

1) Vgl. BGH NJW 1967, 390; dazu schon o. S. 6.

ein überregional tätiges Unternehmen ein negatives Urteil der Stiftung Warentest.

Unter Berücksichtigung dieser Verknüpfung von der Reichweite der unternehmerischen Tätigkeit und der sie betreffenden Kritik erhebt sich die Frage, ob je nach dem Wirkungsgrad der Kritik in der Öffentlichkeit unterschiedliche Anforderungen an ihre Zulässigkeit zu stellen sind. Diese Fragestellung ist besonders aktuell bei der hier interessierenden Fallgruppe der unternehmensschädigenden Äußerungen durch einzelne Verbraucher:

Während nämlich für die Medien ihr öffentlicher Wirkungsgrad konstant ist, nämlich entweder örtlich, regional oder überregional, sind bei der Kritik durch einzelne Verbraucher verschiedenste Formen mit unterschiedlichem Öffentlichkeitsbezug denkbar: Sie reichen vom privaten Gespräch im Familienkreis über Gespräche im Bekannten- oder Kollegenkreis, die schon eine größere Öffentlichkeitswirkung haben, über Leserbriefe in der örtlichen oder regionalen Presse bis zu Äußerungen durch Leserbriefe in der überregionalen Presse. Der größte Wirkungsgrad ist denkbar, sollten einmal sogar die Massenmedien selbst die Kritik einzelner Verbraucher aufgreifen und sie einer großen Öffentlichkeit zugänglich machen. Untersucht man mögliche Modifikationen des Toleranzbereiches zulässiger Kritik aufgrund des jeweiligen Öffentlichkeitsbezuges dieser Kritik, so kann man sowohl an eine Restriktion der Zulässigkeitskriterien, nämlich bei besonderem Wirkungsgrad der Kritik, als auch an eine Ausweitung des Toleranzbereiches, nämlich bei kaum öffentlichkeitswirksamen Äußerungen, denken. Dabei geht es um eine mögliche Änderung des Maßstabes, der oben als Ausdruck des zu fordernden Minimums an Fairneß für die äußeren Grenzen der Kritik durch einzelne Verbraucher als maßgeblich angesehen wurde¹⁾.

1) s.o. S. 166 ff.

aa. Öffentliche Kritik

Was eine mögliche Einengung des Toleranzbereiches wegen einer breiten Öffentlichkeitswirkung anbetrifft, ist folgendes zu erwägen:

Der oben gefundene weite Zulässigkeitsmaßstab bezieht sich selbst schon auf den Fall öffentlicher Kritik durch Verbraucher, die vom Grundrecht des Art. 5 Abs. 1 GG Gebrauch machen, ihre Meinung in der Öffentlichkeit kundzutun. Die Erwägungen, den Toleranzbereich für Kritik durch Verbraucher sehr weit zu bestimmen, haben deshalb auch im Rahmen der jetzt gestellten Frage Beachtung zu finden. Allein die besondere Verbreitung der Kritik in der Öffentlichkeit kann von daher kein Argument für eine Einengung zulässiger Kritik sein. Hinzukommen müßten vielmehr weitere Gesichtspunkte, die eine Einschränkung rechtfertigen könnten.

(1) Solche Kriterien, wie z.B. Vorliegen publizistischer Macht¹⁾, sind jedoch bei der Kritik einzelner Verbraucher auszuschließen. Selbst wenn einmal Äußerungen Einzelner in einer breiten Öffentlichkeit Beachtung finden, ist ihre Position nicht mit der von Massenmedien vergleichbar; z.B. hat ein Leserbrief eines Verbrauchers in einer überregionalen Zeitschrift nicht den Stellenwert eines redaktionellen Artikels desselben Mediums. Auch für den Fall, daß kritische Äußerungen Einzelner dadurch breite Beachtung finden, daß sie von den Massenmedien aufgegriffen werden, wie z.B. beim Fall des LG Kempten²⁾, bei dem die Aktionen des Beklagten gegen die Autofirma vor allem durch die Berichte der Presse darüber große Publizität erlangten, ergibt sich keine andere Bewertung. Der einzelne Verbraucher ist mit seiner eigenen Kritik nicht etwa deshalb zu einer Mäßigung verpflichtet, weil seine Äußerungen durch das Aufgreifen der Medien einen größeren Öffentlichkeitsbezug erhalten könnten, wo-

1) Dazu schon o. S. 171 ff.

2) BB 1973, 163 f.

durch das Schädigungspotential auch erheblich erhöht würde. Vielmehr haben die Medien ihre Berichte selbst zu verantworten, wobei sie gegebenenfalls zu einer sorgfältigeren Darstellung verpflichtet sein könnten.

(2) Auch der oben neben der publizistischen Macht schon erwähnte Gesichtspunkt der Verantwortung aufgrund besonderen Vertrauens in der Öffentlichkeit¹⁾ trifft auf kritische Äußerungen von Verbrauchern nicht zu, gleich in welcher Öffentlichkeit ihre Kritik Verbreitung findet, da der subjektive Bezug bei Äußerungen Einzelner immer offensichtlich ist, so daß ein Vertrauenstatbestand hinsichtlich Objektivität oder Richtigkeit der Darstellung nicht entstehen wird. Äußert sich ein Verbraucher z.B. in einer Fernsehsendung negativ über ein bestimmtes Produkt, so ist ihm auch vor dieser großen Öffentlichkeit subjektive, freimütige Kritik erlaubt. An seine Kritik sind nicht die Maßstäbe anzusetzen, die etwa für einen von demselben Sender durchgeführten Warentest hinsichtlich Neutralität oder Objektivität zu gelten hätten.

(3) Aus alledem folgt: Allein der Gesichtspunkt großer Wirkung einer Kritik in der Öffentlichkeit vermag trotz des erhöhten Schädigungspotentials bei größerer Publizität einer Äußerung den weiten Zulässigkeitsrahmen für Kritik einzelner Verbraucher nicht einzuengen, denn die Zubilligung dieses großen Toleranzbereiches erfolgte als Gewährleistung des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 GG schon für alle Fälle "öffentlicher" Meinungsäußerungen. Weitere Restriktionen über die Forderung nach Einhaltung eines Minimums an Fairneß hinaus wären nur bei Vorliegen besonderer Kriterien, die aber bei Äußerungen einzelner Verbraucher allesamt nicht gegeben sind, gerechtfertigt.

1) s.o. S. 172 f.

bb. Kritik im einfachen Gespräch

Allerdings ist umgekehrt die Frage zu stellen, ob die dargestellten Schranken zulässiger Kritik nicht noch weiter herabzusetzen sind, wenn die Äußerungen einzelner Verbraucher einen geringeren Öffentlichkeitsbezug haben. Zu denken ist dabei insbes. an kritische Äußerungen im einfachen Gespräch, sei es in der Familie, im Bekannten- oder Kollegenkreis. Zahlenmäßig sind dies mit Sicherheit die weitaus meisten Fälle, in denen einzelne Verbraucher zu Fragen des Konsumgüterangebots oder zur Qualität von Dienstleistungen Stellung nehmen. Demgegenüber werden Äußerungen Einzelner vor einem größeren öffentlichen Forum eher selten sein, wenn auch naturgemäß das Interesse der Betroffenen an einer Unterbindung derartiger Kritik erheblich größer ist.

Hier soll nun für die verschiedenen Formen kritischer Äußerungen mit geringem Öffentlichkeitsbezug und entsprechend geringem Schädigungspotential untersucht werden, inwieweit eine Erweiterung des Toleranzbereiches oder sogar die Anerkennung von Haftungsfreiräumen gerechtfertigt ist:

(1) Den geringsten Öffentlichkeitsbezug haben Äußerungen im engen Familienkreis. Auf die Besonderheiten dieser Form der Kommunikation in der Privatsphäre ist schon bei der Behandlung des § 824 BGB eingegangen worden¹⁾. Dort wurde schon eine Tatbestandsrelevanz solcher Äußerungen verneint, da ihnen bereits die von § 824 BGB vorausgesetzte Schädigungseignung fehlt.

Dieselben Überlegungen müssen auch für Unternehmensschädigungen durch negative Werturteile Platz greifen. Äußerungen im engeren Familienkreis unterfallen der familiären Intimsphäre und stellen schon begrifflich keine öffentliche Kritik dar. Wer sich im internen Kreis der Familie kritisch äußert, darf darauf vertrauen, daß seine Kritik nicht nach außen dringt. Aufgrunddessen ist für Äußerungen im internen

1) s.o. S. 124.

Familienkreis ein Freiraum für schrankenlose private Kommunikation anzuerkennen, der von jeglichem Haftungsrisiko freizustellen ist. Bei Äußerungen in einem derart internen Kreis sind im Gegensatz zu öffentlichen Äußerungen nicht einmal die Grenzen minimaler Fairneß einzuhalten. Ein Blick auf die strafrechtlichen Grundsätze im Ehrschutzrecht zeigt die Richtigkeit dieses Ergebnisses: Auch für das Strafrecht ist anerkannt, daß Äußerungen im engeren Familienkreis generell keine tatbestandsmäßigen Beleidigungen darstellen, ohne daß es auf eine Wahrnehmung berechtigter Interessen ankäme¹⁾. Die Zubilligung dieses Haftungsfreiraumes ergibt sich zudem auch aus Art. 6 GG, da dem unbeschränkten Gedankenaustausch innerhalb der Familie Vorrang vor den schützenswerten Unternehmensinteressen einzuräumen ist²⁾.

(2) Geht man von der Familie als engstem Kommunikationskreis aus, so folgt auf der nächsten Stufe mit erhöhtem Öffentlichkeitsbezug und entsprechendem Schädigungspotential die Kritik, die von Verbrauchern im einfachen Gespräch, sei es im Bekannten- oder Kollegenkreis, geäußert wird.

Dabei stellt sich die Frage, ob der für Gespräche im Familienkreis gewährte Haftungsfreiraum auf den gesamten Bereich privater Kommunikation ausgedehnt werden sollte, ob also generell mündliche Kritik schrankenlos zulässig sein sollte.

Daß es im einfachen Gespräch für gewerbeschädigende Werturteile keine Schranken geben sollte, wird von einem Teil der Literatur gefordert³⁾. Das OLG Stuttgart⁴⁾ hatte schon in einer früheren Entscheidung mündliche Kritik mit der Erwägung privilegiert, daß die Äußerungen Einzelner keinen Eingriff in den Gewerbebetrieb darstellten, sondern der Eingriffscharakter erst durch die weite Verbreitung der Äußerung begründet würde. Diese Begründung ist jedoch vom Standpunkt der herrsch. Meinung aus nicht stichhaltig, denn

1) Schönke/Schröder-Lenckner, § 185 StGB, Rdn. 8, § 186 StGB, Rdn. 9.

2) Mertens in MünchK., § 824, Rdn. 30.

3) Insbes. Kübler, AcP 172, S. 177 ff, 198; im Erg. wohl auch Andresen, Warentest, S. 205 ff.

4) NJW 1964, 48 ff, 49.

auch die mündliche Schmähkritik ist - wenn auch nicht in hohem Maße - geeignet, den Absatz eines Produkts zu beeinträchtigen¹⁾.

Küblers Vorschlag²⁾, für gewerbeschädigende Werturteile im einfachen Gespräch keine Schranken aufzustellen, ist von seinem Ansatz her konsequent: Wenn man in den Mittelpunkt der Beurteilung den freiheitlichen Kommunikationsprozeß stellt, ist die Herausnahme mündlicher Kritik wegen ihrer Irrelevanz für die gesamtgesellschaftliche Bewußtseinsbildung aus dem deliktischen Haftungsbereich gerechtfertigt.

In der Tat scheint auch aus der Sicht der betroffenen Unternehmensinteressen kein dringendes Schutzbedürfnis zu bestehen, Kritik im einfachen Gespräch bestimmten Mindestanforderungen zu unterwerfen. Werden im privaten Kreis Erfahrungen über Konsumgüter oder Dienstleistungen ausgetauscht, so sollte eine solche private Kommunikation grundsätzlich von deliktischen Schranken freigehalten werden und jede Form von Kritik zulässig sein. Insofern spricht vieles für eine derartige Liberalisierung der privaten Klatschosphäre³⁾.

Allerdings sind Konstellationen denkbar, bei denen auch im privaten Gespräch die Schranken minimaler Fairneß gelten sollten. Dabei ist wiederum auf die oben schon dargestellte Verknüpfung von Reichweite der unternehmerischen Tätigkeit und dem Wirkungsgrad der sie betreffenden Kritik zu verweisen. Beachtet man diese Relationen, so ergibt sich folgendes:

Geht es um Kritik an Konsumgütern oder Leistungen, die überregional verbreitet sind, insbes. um die Produkte industrieller Massenproduktion wie Kraftfahrzeuge, Elektrogeräte o.ä., kann ein Haftungsfreiraum für derartige Kritik im einfachen Gespräch anerkannt werden. Die schädigenden Auswirkungen einer solchen Kritik sind nämlich angesichts des weiten Tätig-

1) Andresen, Warentest, S. 206.

2) Kübler, AcP 172, S. 177 ff, 198.

3) So treffend Andresen, Warentest, S. 206.

keitsbereiches der betroffenen Unternehmen so gering, daß ein Schutzbedürfnis, derartige Kritik bestimmten Mindestanforderungen zu unterwerfen, nicht anzuerkennen ist. Auch praktisch besteht aus der Sicht der betroffenen Unternehmen kein Bedürfnis an einer Unterbindung solcher Kritik, die auf kleinster sozialer Ebene stattfindet: Ein Unternehmen wird davon zum einen kaum erfahren und zum anderen werden Schädigungen aufgrund privater Äußerungen keine meßbare Größe erreichen. Im Gegenteil muß es schon als sozialadäquat anerkannt werden, daß Konsumenten ihre Erfahrungen mit Konsumgütern auch mit drastischer und ausfallender Kritik im einfachen Gespräch untereinander austauschen.

Eine andere Beurteilung hat aber Platz zu greifen, wenn von Äußerungen im privaten Gespräch Unternehmen oder Gewerbetreibende mit nur örtlicher Bedeutung betroffen werden, so etwa bei der Kritik am Geschäftsgebaren örtlicher Kaufleute, Handwerker oder Dienstleistungsunternehmen. Hier ist der Kritik im einfachen Gespräch ein viel höheres Schädigungspotential beizumessen. Ein örtliches Unternehmen kann allein durch negative Kritik aus der privaten Klatschsphäre viel von seinem geschäftlichen Ruf verlieren, da es auch nur einen örtlich begrenzten Tätigkeitsbereich hat, dem sein Kundenreservoir entstammt. In diesem Bereich ist deshalb auch ein berechtigtes Schutzbedürfnis anzuerkennen, private Kritik, die ein Mindestmaß an Fairneß vermissen läßt, unterbinden zu können. Die praktische Relevanz derartiger Fälle zeigt die "Makler"-Entscheidung des BGH¹⁾, bei der ein örtlicher Makler sich gegen die Kritik zur Wehr setzte, die ein Kunde über sein Geschäftsgebaren im Bekanntenkreis verbreitet hatte. Wenn die Klage im Ergebnis auch keinen Erfolg hatte, so zeigt dieser Fall doch, daß der geschäftliche Ruf örtlicher Unternehmen auch gegen Äußerungen im privaten Gespräch, die die dargestellten deliktischen Grenzen nicht einhalten, geschützt werden muß.

1) NJW 1967, 390; dazu schon o. S. 6.

c. Der sachliche Gehalt der Äußerung

Geht es nach dem Gedanken des § 193 StGB um die Umstände, die als Kriterien für die Beurteilung einer Äußerung als erlaubt oder unzulässig in die Wertung miteinbezogen werden sollen, so kommt auch der sachliche Gehalt einer Äußerung als derartiger Wertungsfaktor in Betracht. Dieser sicherlich nicht sehr aussagekräftige Begriff bedarf einer kurzen Erläuterung¹⁾: Unter dem Stichwort des sachlichen Gehalts einer Äußerung soll im Gegensatz zur schon erörterten äußeren Form untersucht werden, ob und inwieweit sowohl das Thema der Kritik als auch ihr inhaltlicher Gehalt die Qualifizierung einer Äußerung als zulässig oder unzulässig beeinflussen können.

aa. Die Thematik der Kritik

Daß die Thematik einer Kritik ein möglicher Abwägungsfaktor sein kann, wird schon im "Lüth"-Urteil des BVerfG deutlich²⁾: Dort begründet das BVerfG die Relation, wonach der Schutz des privaten Rechtsguts um so mehr zurückzustehen habe, je mehr es sich um eine Äußerung zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage handele. Von daher gilt es, den Stellenwert der Konsumgüterkritik innerhalb des Gesamtbereiches öffentlicher Kommunikation zu bestimmen.

Zunächst ist aber nochmals darauf zu verweisen, daß durch Art. 5 Abs. 1 GG grundsätzlich das Interesse eines jeden, mit welchem Thema auch immer ungehindert am Kommunikationsprozeß teilnehmen zu können, verfassungsrechtlichen Rang genießt. Dieser Grundsatz der personellen und thematischen Universalität der Kommunikationsgrundrechte³⁾ verbietet es aber nicht, bei der notwendigen Einzelfallabwägung auch der unterschiedlichen Bedeutung einzelner Kommunikationskreise

1) Vgl. auch v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 246 ff.

2) BVerfGE 7, 198 ff, 212.

3) Dazu s.o. S. 149 ff.

je nach dem Interesse der Öffentlichkeit an bestimmten Fragen Rechnung zu tragen und so z.B. die betroffenen Rechtsgüter bei Schädigungen durch Äußerungen im politischen Bereich eher zurücktreten zu lassen, während sie bei schädigenden Äußerungen aus dem Bereich unterhaltender Kommunikation Vorrang genießen könnten¹⁾.

(1) Die Bedeutung von Fragen des Konsums

Handelt es sich nun bei kritischen Äußerungen über Konsumgüter oder Dienstleistungen um derartige, die Öffentlichkeit wesentlich berührende Fragen? Schon bei der verfassungsrechtlichen Untersuchung der Reichweite des Art. 5 Abs. 1 GG wurde der Funktionswandel in der Sicht der öffentlichen Meinung deutlich gemacht²⁾:

Während das liberale Modell - ausgehend von einer Trennung von Staat und Gesellschaft - durch die Kommunikationsgrundrechte vor allem die freie Diskussion staatspolitischer Themen gesichert sehen wollte, ist unter den heute veränderten Bedingungen einer Industriegesellschaft auch die Wirtschaft zur öffentlichen Angelegenheit geworden³⁾. Im Mittelpunkt des Alltagsinteresses der meisten Menschen stehen heute nicht mehr Politik oder Kultur, sondern der Konsum⁴⁾. Fragen des Konsumgüterangebotes sind daher, um in der Diktion des BVerfG zu bleiben, die Öffentlichkeit wesentlich berührende Fragen, so daß die Erörterung derartiger wirtschaftlicher Angelegenheiten in der heutigen Gesellschaft einen der wesentlichen Kommunikationsbereiche darstellt⁵⁾. Allein die Tatsache, daß die Thematik gewerbeschädigender Äußerungen wirtschaftliche und nicht im engeren Sinne politische Fragen betrifft, kann also nicht zu einer Gewichtsverlagerung

1) v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 248.

2) s.o. S. 151 ff.

3) Kübler, Wirtschaftsordnung und Meinungsfreiheit, S. 6; zum Ganzen Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, S. 157 ff.

4) Andresen, Warentest, S. 151 unter Berufung auf sozialwissenschaftliche Untersuchungen.

5) v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 118 f; Arndt, NJW 1964, 1312 f, 1313; Andresen, Warentest, S. 163 ff.

dahingehend führen, von der Vermutung der Zulässigkeit der freien Rede abzugehen und den davon betroffenen Rechtsgütern den Vorrang einzuräumen. Der Stellenwert der Konsumgüterdiskussion gebietet es vielmehr, grundsätzlich den Schutz des privaten Rechtsguts hinter dem Wertgehalt freiheitlicher Kommunikation zurückstehen zu lassen.

(2) Werbung und Warenkritik

Ihren gesteigerten Stellenwert hat die Diskussion wirtschaftlicher Tatbestände insbes. durch die immense Konsumwerbung erhalten. Durch die Intensität und Häufigkeit der Werbung, die die von ihr angepriesenen Waren oder Leistungen mit sozialen Symbolwerten¹⁾ wie Erfolg oder Jugendlichkeit versieht, rückt der Konsum sowohl im Bewußtsein der Bürger als auch im Spektrum gesellschaftlicher Kommunikation in den Vordergrund. Teile dieses Kommunikationsprozesses über wirtschaftliche Gegebenheiten sind auf der einen Seite die Werbung, die die positiven Eigenschaften der Konsumgüter herausstellt und als ihr Gegenstück auf der anderen Seite die mehr die negativen Eigenschaften betonende Gewerbekritik. Dieser Zusammenhang zwischen Werbung und Warenkritik wird leicht übersehen, wenn isoliert die Zulässigkeit gewerbeschädigender Äußerungen untersucht wird, was den Eindruck hervorruft, bei der Warenkritik handele es sich um den aggressiven Beitrag, dessen Zulässigkeit allein aus der betroffenen Unternehmenssphäre heraus zu beurteilen sei. Dabei gilt es aber zu beachten, daß die Initiative in der öffentlichen Diskussion über Konsumgüterqualität nicht von den Warenkritikern, sondern von den Unternehmen durch die Werbung, deren aggressive und suggestive Methoden bekannt sind²⁾, ausgeht, so daß die Warenkritik auf Angebot und Werbung nur reagiert und deshalb grundsätzlich den Charakter einer defensiven Reaktion der Verbraucherseite hat³⁾, durch

1) Andresen, Warentest, S. 151.

2) Ders. ausführlich S. 8 ff m.w.N.

3) Ders., S. 208.

die eine gewisse Gegeninformation zur Werbung geschaffen wird¹⁾.

Durch das Aufzeigen dieses Zusammenhangs zwischen Werbung und Warenkritik soll verdeutlicht werden, daß die gewerbekritischen Äußerungen als Bestandteil der öffentlichen Kommunikation über wirtschaftliche Angelegenheiten gesehen werden müssen. Durch die Betonung des Gesamtprozesses öffentlicher Diskussion wird auch dem oft auftauchenden Mißverständnis entgegengetreten, Warenkritik allein aus dem Blickwinkel des Interesses des Konsumenten, über den Gebrauchsnutzen einer Ware aufgeklärt zu werden²⁾, zu beurteilen. Gerade für die Fallgruppe der Kritik durch einzelne Verbraucher ist es aber wichtig, herauszustellen, daß jede Kritik an einer Ware oder Dienstleistung Teil der öffentlichen Diskussion über den Konsum ist³⁾, ob sie vom Interesse der Aufklärung der übrigen Konsumenten getragen wird oder nicht.

Gleich ob der Einzelne nun die Öffentlichkeit über seine schlechten Erfahrungen mit einer bestimmten Ware informieren will oder mit seiner Kritik etwa nur seinem Ärger Luft verschaffen will, er liefert damit stets einen Beitrag in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage, nämlich zur offenen Diskussion über Fragen des Konsums. Die Einfügung der Gewerbekritik in den Gesamtprozeß öffentlicher Kommunikation dient auch der Gewährleistung einer effektiven Konsumfreiheit, die sich eben nicht darauf beschränkt, stumm unter dem lautstark angepriesenen Angebot auszuwählen, sondern die auch das Recht einschließt, öffentlich frei seine Meinung über das Marktangebot sagen zu können. Erst der Erfahrungsaustausch mit anderen Verbrauchern und die kritische Auseinandersetzung mit der Angebotsseite, insgesamt also

1) Reich, ZRP 1974, 187 ff, 192; Kübler, Wirtschaftsordnung und Meinungsfreiheit, S. 19; Fritze, NJW 1968, 2358 ff, 2362.

2) So insbes. das Schrifttum zum Warentest: vgl. Ulmer-Reimer, Unlauterer Wettbewerb, Bd. III, Rdn. 471, S. 334 ff; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 351; Tetzner, NJW 1965, 725 ff, 726; Hefermehl, GRUR 1962, 611 ff, 616.

3) Kübler, Wirtschaftsordnung und Meinungsfreiheit, S. 20.

eine freiheitliche Diskussion wirtschaftlicher Fragen, ermöglicht rationale Konsumententscheidungen und damit effektive Konsumfreiheit¹⁾.

Das bedeutet: Wer sich in der Öffentlichkeit kritisch über Waren oder Leistungen äußert, macht von seinem Recht auf Teilnahme am Prozeß freiheitlicher Kommunikation Gebrauch und leistet dabei nach dem Stellenwert, der dem Bereich des Konsums in der heutigen Gesellschaft zukommt, stets einen Beitrag zu einer, wie es das BVerfG formuliert, die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage. Allein die Thematik des Kommunikationskreises Konsumgüterkritik stellt deshalb keinen Umstand i.S.v. § 193 StGB dar, der eine Einschränkung der oben für die Zulässigkeit der Kritik dargestellten Kriterien rechtfertigen würde.

bb. Inhaltliche Anforderungen an eine Kritik

Der zweite Aspekt, dessen Relevanz für die Beurteilung einer Kritik als erlaubt oder unzulässig in diesem Zusammenhang erörtert werden soll, ist der des inhaltlichen Gehalts einer Kritik. Im Gegensatz zu der schon erörterten Form der Äußerung geht es hier um die Frage, ob an gewerbeschädigende Äußerungen auch sachliche Anforderungen zu stellen sind.

Während § 824 BGB für Tatsachenbehauptungen klar regelt, daß unwahre Behauptungen unzulässig sind, lassen sich für Werturteile derartige sachliche Anforderungen wesentlich schwerer bestimmen. Anhaltspunkte für Beurteilungskriterien, an denen eine Kritik inhaltlich gemessen werden kann, liefert aus der neueren Judikatur jedoch das "Warentest"-Urteil des BGH²⁾. Dort hat der BGH sachliche Anforderungen aufgestellt, denen speziell die Tests der Stiftung Warentest zu unterwerfen seien³⁾:

Danach müssen die Untersuchungen neutral vorgenommen werden, sie müssen objektiv sein, wobei nicht die objektive Richtig-

1) Andresen, Warentest, S. 205; Reich, ZRP 1974, 187 ff, 192.

2) BGHZ 65, 325 ff.

3) Ebenda, S. 334 f.

keit eines gewonnenen Ergebnisses im Vordergrund steht, sondern das Bemühen um diese Richtigkeit, und die Untersuchungen müssen sachkundig durchgeführt werden. Bei Einhaltung dieser Anforderungen gewährt der BGH der Stiftung einen erheblichen Spielraum hinsichtlich der Auswahl der Testobjekte und Prüfungsmethoden sowie der Darstellung der Ergebnisse. Die Grenze zur Unzulässigkeit sieht er erst bei bewußten Fehltritten oder bewußten Verzerrungen sowie dort überschritten, wo die Prüfungsmethoden und die aus der Untersuchung gezogenen Schlüsse unvertretbar, indiskutabel seien.

Im folgenden ist zu untersuchen, ob und inwieweit diese Wertungsfaktoren allgemein auf die Fälle unternehmensschädigender Werturteile und speziell auf die Fallgruppe der Kritik durch einzelne Verbraucher übertragen werden können. Dabei geht es insbes. um die Frage, ob hier besondere Gründe erkennbar sind, die es gerechtfertigt erscheinen lassen, nicht erst die formalbeleidigende Kritik als unzulässig zu qualifizieren, sondern die Zulässigkeit schädigender Äußerungen auch von der Einhaltung bestimmter inhaltlicher Anforderungen abhängig zu machen.

Eine Übertragung der vom BGH herausgearbeiteten Anforderungen auf die Gewerbekritik durch einzelne Verbraucher ließe sich rechtfertigen, würde man folgendermaßen argumentieren: Wenn der Einzelne in der Öffentlichkeit seine Meinung über den Nutzen oder die Qualität bestimmter Konsumgüter kundtut, ist dies funktional vergleichbar mit der Tätigkeit eines Warentestinstituts. Sowohl der einzelne sich äßernde Verbraucher als auch der professionelle Warentester tragen zur Information der Öffentlichkeit, zur Verbraucheraufklärung bei. Das Ziel der Aufklärung der Verbraucher wird aber nur dann erreicht, wenn die kritischen Äußerungen eine Gewähr für Richtigkeit und Verlässlichkeit bieten. Von diesem Ansatzpunkt her wäre es konsequent, die gewerbeschädigenden Äußerungen Einzelner denselben Anforderungen nach Objektivität, Sachkunde und Richtigkeit zu unterwerfen wie die Untersuchungen der Warentestinstitute.

Bei einer solchen Argumentation würde aber übersehen, daß beim BGH der tragende Gesichtspunkt, an die Tests der Stiftung bestimmte sachliche Anforderungen zu stellen, nicht allein die Tatsache ist, daß sie zur Verbraucheraufklärung in der Öffentlichkeit Urteile über Konsumgüter abgibt. Ein solcher Wertungsansatz, der zwangsläufig auf jede Warenkritik, eben auch die durch einzelne Verbraucher, zuträfe, wäre auch schwerlich mit Art. 5 Abs. 1 GG zu vereinbaren. Zu Recht hat der BGH vielmehr speziell für die Tests der Stiftung Waren-test aus besonderen Gründen diese Anforderungen aufgestellt: Die tragende Erwägung war das Vertrauen, das die Öffentlichkeit gerade den Tests der Stiftung, was Objektivität und Richtigkeit betrifft, entgegenbringt¹⁾. Erst dieser besondere Vertrauenstatbestand rechtfertigt auch eine besondere Verantwortlichkeit, die durch die Geltung bestimmter Anforderungen an die Tests gekennzeichnet ist²⁾.

Dieser tragende Grund der Entscheidung trifft aber gerade für die Fallgruppe kritischer Äußerungen durch einzelne Verbraucher nicht zu. Wie schon dargestellt³⁾, wird der Kritik Einzelner in der Öffentlichkeit nicht das Vertrauen entgegengebracht, das z.B. die Stiftung Warentest für sich in Anspruch nehmen kann. Bei Äußerungen Einzelner ist der subjektive Bezug stets erkennbar, d.h. es wird deutlich, daß sie zumeist eigene Erfahrungen und nicht durch fachkundige Untersuchungen fundierte Urteile in der Öffentlichkeit wiedergeben.

Die vom BGH aufgestellten Anforderungen können also nicht pauschal auf die Fallgruppe der Kritik durch einzelne Verbraucher übertragen werden. Sie sind speziell für die Tests der Stiftung Warentest aufgrund des Vertrauens, das sie in der Öffentlichkeit hinsichtlich der Objektivität ihrer Tests genießt, entwickelt worden. Allenfalls könnten diese Anforderungen in ähnlicher Weise für die Publikationen an-

1) BGHZ 65, 325 ff, 333 f.

2) Zum Zusammenhang zwischen Vertrauen und Verantwortung auch Assmann-Kühler, ZHR 142, S. 413 ff, 418.

3) s.o. S. 172 f und 179.

derer Meinungsträger wie Presse oder Fernsehen gelten, denen ein entsprechendes Vertrauen entgegengebracht wird¹⁾, was aber im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter verfolgt zu werden braucht.

Daß die vom BGH entwickelten Kriterien nicht pauschal auf die hier interessierende Fallgruppe übertragen werden können, heißt aber nicht, daß unternehmensschädigende Äußerungen Einzelner überhaupt keinen inhaltlichen Anforderungen und Zulässigkeitsgrenzen unterliegen. Die in Frage kommenden Wertungsfaktoren sind deshalb im einzelnen daraufhin zu untersuchen, inwieweit sie auch für die Warenkritik Einzelner zu gelten haben. Dabei soll anhand der in der "Waren-test"-Entscheidung des BGH aufgeführten Kriterien vorgegangen werden.

(1) Neutralität

Der BGH geht zunächst davon aus, daß Warentests neutral vorgenommen werden müssen²⁾. Dieses Kriterium ist nicht so sehr ein sachliches Erfordernis, sondern dient als Abgrenzungsmerkmal zum Wettbewerbsrecht. Nur der unabhängige neutrale Test, dessen Ziel die Verbraucherinformation und nicht die Wettbewerbsförderung ist, ist nicht nach den strengeren Vorschriften des UWG, sondern nach allgemeinem bürgerlichen Recht zu beurteilen³⁾.

Dieses Neutralitätskriterium hat aber für Äußerungen Einzelner keine Bedeutung. Auch wenn ein Einzelner - als Verbraucher, nicht als Wettbewerber - mit seiner Kritik engagiert den Absatz eines Produkts, das ihn überzeugt hat, fördern will und sich deshalb über andere Produkte negativ äußert, sind darin keine wettbewerbsrelevanten Handlungen zu sehen, die eine Anwendung des UWG rechtfertigen würden, sondern

1) So auch BGHZ 65, 325 ff, 334.

2) Ebenda, S. 334; über diese Voraussetzung besteht auch Einigkeit: vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 356 ff m.w.N.; Assmann-Kübler, ZHR 142, S. 413 ff, 426.

3) v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 277 f; Kübler, Wirtschaftsordnung, S. 21; Buchner, Gewerbebetrieb, S. 228.

kritische Äußerungen Einzelner sollten stets nach allgemeinem Deliktsrecht beurteilt werden. Zwar ist anerkannt, daß ein Handeln zu Wettbewerbszwecken nicht nur bei Mitbewerbern, sondern auch bei Dritten angenommen werden kann, die die Absicht haben, einen fremden Wettbewerber zum Nachteil seines Mitbewerbers zu fördern¹⁾, jedoch sollte im Interesse der Gewährleistung freiheitlicher Kommunikation über Konsumfragen diese subjektive Voraussetzung im Wettbewerbsrecht restriktiv ausgelegt werden und deshalb bei Äußerungen einzelner Verbraucher wegen der mangelnden tatsächlichen Relevanz ihrer Kritik für den Wettbewerb ein Handeln zu Wettbewerbszwecken regelmäßig verneint werden. So kann es aus wettbewerbsrechtlichen Gründen z.B. einem überzeugten VW-Fahrer nicht verwehrt werden, seinen Wagen zu loben und die Wagen anderer Marken demgegenüber mit abfälliger Kritik herabzusetzen. Der stets subjektive Bezug kritischer Äußerungen einzelner Verbraucher rechtfertigt es, von persönlichem Engagement getragene Kritik zuzulassen und sie nicht wie die vom Ziel der Verbraucheraufklärung geleiteten Warentests dem Erfordernis der Neutralität zu unterwerfen²⁾.

(2) Objektivität

Die weitere Voraussetzung der Objektivität der Untersuchung versteht der BGH nicht im Sinne einer objektiven Richtigkeit der gewonnenen Ergebnisse³⁾, sondern des Bemühens um diese Richtigkeit⁴⁾. Da sich fehlerhafte Wertungen nicht vermeiden lassen und vor allem, weil es hier um Urteile und nicht um verifizierbare Tatsachenbehauptungen geht, ist der Verzicht auf die objektive Richtigkeit konsequent⁵⁾.

-
- 1) Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 225; Ulmer-Reimer, Unlauterer Wettbewerb, Bd. III, Rdn. 71 ff, S. 46 ff.
 - 2) Für eine Einschränkung des Neutralitätserfordernisses bei privater Konsumkritik auch Assmann-Kübler, ZHR 142, S. 413 ff, 426.
 - 3) So die frühere Rspr.: z.B. OLG Stuttgart, NJW 1964, 595 f; OLG Düsseldorf, BB 1964, 1361 f; LG Düsseldorf, WRP 1965, 144 ff.
 - 4) BGHZ 65, 325 ff; 334; so auch schon Bofinger, NJW 1965, 1833 ff, 1834.
 - 5) Zustimmend auch Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 359; Assmann-Kübler, ZHR 142, S. 413 ff, 426.

Fraglich ist aber, ob auch für kritische Äußerungen Einzelner am Erfordernis des Bemühens um diese Richtigkeit festzuhalten ist. Hierzu muß man sich den grundlegenden Unterschied zwischen Warentest und Einzelkritik vergegenwärtigen: Der Warentester gelangt aufgrund einer komplexen Prüfung eines Produkts zu einer Wertung. Das Informationsinteresse der Öffentlichkeit, das auf die Sachgerechtigkeit der Untersuchung vertraut, rechtfertigt deshalb das Erfordernis, nur vom Bemühen um Richtigkeit getragene Warentests zuzulassen. Demgegenüber gibt der Einzelne mit einer Warenkritik erkennbar subjektive Eindrücke und individuelle Erfahrungen mit einem Konsumgut wieder. Dieser Tatsache widerspräche es, würde man auch die Kritik einzelner Verbraucher dem Objektivitätserfordernis unterwerfen. Damit würde man einen notwendigerweise subjektiven Erfahrungsaustausch unter den Verbrauchern in der Konsumsphäre, der unter dem Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG steht, unterbinden.

Berücksichtigt werden muß auch, daß es hier nur um die Beurteilung von Werturteilen geht. Da unwahre Tatsachenbehauptungen gemäß § 824 BGB verworfen werden können, besteht kein Bedürfnis, Äußerungen, die als Werturteile, als grundrechtlich geschützte Meinungsäußerungen anzusehen sind, einem Objektivitätserfordernis zu unterwerfen. Dabei würde nämlich verkannt, daß es eben keine "unrichtigen" Meinungen gibt, da Meinungen stets "Ansichtssache" sind¹⁾.

Das Erfordernis der Objektivität ist mithin speziell auf den Bereich der Warentests zugeschnitten und hat keinen Platz bei unternehmensschädigenden Äußerungen einzelner Verbraucher.

(3) Sachkunde

Schließlich muß nach Ansicht des BGH die Untersuchung sachkundig durchgeführt worden sein²⁾. Daß diese Voraussetzung nur für Warentests gelten und nicht auf andere Formen von

1) Assmann-Kübler, ZHR 142, S. 413 ff, 422, Fn. 49.

2) BGHZ 65, 325 ff, 334; so auch schon LG Düsseldorf, WRP 1962, 176 ff, 179; OLG Celle, NJW 1964, 1804 ff, 1807; Ulmer, Vergleichende Warentests, S. 19; Völz, WRP 1963, 109 ff, 116; Helle, NJW 1962, 1177 ff, 1178; Hefermehl, GRUR 1962, 611 ff, 616.

Warenkritik übertragen werden kann, erschließt sich schon auf den ersten Blick. Es wäre mit Art. 5 GG unvereinbar, würde man nur sachkundigen Fachleuten Warenkritik gestatten. Der Wertgehalt der Meinungsfreiheit und ihre personelle Universalität gebieten es vielmehr, daß jeder, auch der einzelne fachunkundige Verbraucher, seine Kritik an Waren oder Dienstleistungen in der Öffentlichkeit verbreiten kann. Der Prozeß freiheitlicher Kommunikation steht nicht nur Fachleuten, sondern jedermann offen. Wer für die Allgemeinheit produziert, hat keinen Anspruch darauf, nur von Experten beurteilt zu werden¹⁾. Das Erfordernis der Sachkunde ist nur dort gerechtfertigt, wo die Öffentlichkeit - wie bei der Stiftung Warentest - darauf vertraut. Dieses Merkmal ist aber bei der Kritik Einzelner gerade nicht gegeben.

Unzulässig ist nur, eine nicht gegebene Sachkunde vorzutäuschen. Diese Fälle stellen aber unrichtige Tatsachenbehauptungen dar, die über § 824 BGB unterbunden werden können²⁾. Ein Erfordernis der Sachkunde gilt jedenfalls nicht für kritische Äußerungen einzelner Verbraucher.

(4) Vertretbarkeit der Ergebnisse

Neben den erörterten sachlichen Anforderungen hat der BGH für Warentests negative Zulässigkeitsgrenzen herausgearbeitet, deren Übertragbarkeit auf die Fallgruppe der schädigenden Kritik durch Verbraucher nun zu untersuchen ist. Die Grenze des Zulässigen sieht der BGH beim Test zunächst dort überschritten, wo die Art des Vorgehens bei der Prüfung und die aus den Untersuchungen gezogenen Schlüsse als nicht mehr vertretbar ("diskutabel") erscheinen³⁾.

Diese Zulässigkeitsgrenze steht erkennbar in engem Zusammenhang mit den positiven Anforderungen an Objektivität und

1) Assmann-Kübler, ZHR 142, S. 413 ff, 427; ähnlich Nahme, GRUR 1964, 484 ff, 485; Andresen, Warentest, S. 163 ff.

2) Assmann-Kübler, ZHR 142, S. 413 ff, 427.

3) BGHZ 65, 325 ff, 335.

Sachkundigkeit des Tests. Muß ein Warentest objektiv, d.h. vom Bemühen um Richtigkeit getragen und sachkundig durchgeführt sein¹⁾, ist es konsequent, ihn zumindest dann als unzulässig anzusehen, wenn nicht einmal die Testmethoden und die gewonnenen Ergebnisse als noch vertretbar bezeichnet werden können. Der damit der Stiftung Warentest vom BGH zugestandene Spielraum ist sehr weit und wird auch von Teilen der Literatur als zu weit kritisiert²⁾.

Hier soll jedoch der Frage, ob Warentests strengeren Anforderungen unterliegen sollten, nicht näher nachgegangen werden, vielmehr ist im Rahmen dieser Arbeit zu untersuchen, ob bei der Warenkritik Einzelner überhaupt eine Richtigkeitsanforderung wie z.B. das relativ weite Vertretbarkeitskriterium Geltung beanspruchen kann.

Aufgrund der spezifischen Zielsetzung von Warentests, zur Aufklärung der Verbraucher über das Konsumgüterangebot beizutragen und aufgrund des besonderen Vertrauens, das die Öffentlichkeit den Tests der Stiftung, was Objektivität und Richtigkeit betrifft, entgegenbringt, ist es gerechtfertigt, zumindest indiskutable Prüfungsmethoden und -ergebnisse als unzulässig anzusehen. Anders liegt es jedoch beim einzelnen Verbraucher:

Ebensowenig wie seine Kritik objektiv und sachkundig sein muß, ist zu fordern, daß die Ergebnisse wenigstens vertretbar sein müssen. Wenn er - wie regelmäßig erkennbar - aufgrund persönlicher Erfahrungen oder subjektiver Eindrücke und enttäuschter Erwartungen negative Urteile über Konsumgüter in der Öffentlichkeit abgibt, nimmt er lediglich sein Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 GG wahr. Wegen der Erkennbarkeit des subjektiven Hintergrundes derartiger Kritik entsteht in der Öffentlichkeit auch kein Vertrauenstatbestand hinsichtlich Objektivität und Sachkundigkeit der Äußerungen.

1) BGHZ 65, 325 ff, 334.

2) Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 364; Löhr, AfP 1976, 36 ff, 38; Deutsch, JZ 1976, 451 f, 452; Schricker, GRUR 1976, 274 ff, 276; zustimmend dagegen Assmann-Kübler, ZHR 142, S. 413 ff, 426; Tilman, NJW 1976, 624 f.

Der besondere Wertgehalt des Grundrechts der Meinungsfreiheit und seine personelle Universalität verbieten es, den Spielraum für die Kritik Einzelner dadurch einzuschränken, daß nur sachlich vertretbare Äußerungen zugelassen werden. Der Einzelne muß vielmehr die Möglichkeit haben, auch als Laie seine subjektive Meinung über Konsumgüter kundzutun, ohne daß es darauf ankommt, ob er mit diskutablen Methoden ein Produkt geprüft hat und daraus vertretbare Schlüsse zieht. Die vom BGH durch das Vertretbarkeitskriterium gezogenen Zulässigkeitsgrenzen können also nicht auf die Kritik einzelner Verbraucher übertragen werden. Ihre Äußerungen sind einem derartigen Richtigkeitsmaßstab nicht zu unterwerfen, da Art. 5 Abs. 1 GG eben nicht nur die richtige, sondern jede, auch die nicht haltbare Meinung schützt¹⁾.

Dies gilt jedenfalls für den Regelfall subjektiver Kritik. Anders hat die Beurteilung aber auszufallen, wenn der sich Äußernde selbst den Eindruck erweckt, seine Kritik fuße auf nachprüfbaren fachkundigen Untersuchungen. Nur dann ist es gerechtfertigt, die Kritik auch an diesem selbst in Anspruch genommenen Maßstab zu messen und insoweit indiskutable Äußerungen als unzulässig anzusehen. Wird eine nicht vorhandene Sachkunde oder die Einhaltung bestimmter Prüfungsverfahren vorgetäuscht, so lassen sich diese Fälle aber schon über § 824 BGB erfassen²⁾.

(5) Bewußte Verzerrungen und bewußte Fehltritte

Die zweite Zulässigkeitsgrenze sieht der BGH bei bewußten Fehltritten und bewußten Verzerrungen, insbes. bei bewußt unrichtigen Angaben und bewußt einseitiger Auswahl der zum Vergleich gestellten Waren³⁾. Untersucht man diese Kriterien auf ihre Übertragbarkeit für die Fallgruppe der Verbraucherkritik, ergibt sich folgendes:

1) Baumbach-Hefermehl, §§ 14, 15 UWG, Rdn. 23; v. Köller, Meinungsfreiheit, S. 144; Arndt, NJW 1964, 1312.

2) Assmann-Kübler, ZHR 142, S. 413 ff., 427.

3) BGHZ 65, 325 ff., 335.

Unzulässigkeit aufgrund bewußt einseitiger Auswahl der verglichenen Waren ist ganz offensichtlich ein nur für Warentests spezifisches Merkmal. Nur wer - wie der Warentester - mit dem Anspruch auftritt, mittels nachprüfbarer Methoden vergleichbare Konsumgüter auf ihre Qualität und ihren Nutzen zu untersuchen, kann der Anforderung unterliegen, das zu vergleichende Warenangebot nicht bewußt einseitig auszuwählen¹⁾. Dagegen ist der einzelne Verbraucher, wenn er sich negativ über ein Konsumgut äußert oder auch mehr oder weniger laienhaft einen Vergleich mehrerer Produkte anstellt, der Verpflichtung zu einer abgewogenen Auswahl der Vergleichsobjekte nicht unterworfen. Diese Anforderung ist speziell auf den Warentest aufgrund seiner Zielsetzung zugeschnitten und kann nicht auf die Meinungsäußerung eines Einzelnen übertragen werden, dem es erlaubt sein muß, seine Meinung über von ihm willkürlich ausgewählte Konsumgüter kundzutun.

Desweiteren hält der BGH Kritik aufgrund bewußt unrichtiger Angaben für unzulässig. Unrichtigkeit von Angaben ist aber gleichbedeutend mit der Unwahrheit von Tatsachenbehauptungen i.S.v. § 824 BGB. Daß beim BGH das Unzulässigkeitsmerkmal der unrichtigen Angaben im Rahmen der Prüfung des Rechts am Gewerbebetrieb und nicht des § 824 BGB auftaucht, hängt mit der Tendenz des BGH zusammen, den Warentest einheitlich als Meinungsäußerung zu bewerten und nicht nach einzelnen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen gesondert zu beurteilen²⁾. Die daraus folgende praktische Bedeutungslosigkeit des § 824 BGB für die Beurteilung von Warentests wird denn auch in der Literatur kritisiert³⁾. Dieses Problem kann hier für den Warentest dahingestellt bleiben.

Bei der Fallgruppe der Kritik durch Einzelne ist jedenfalls eine derartige einheitliche Betrachtungsweise nicht geboten,

1) Zur Diskussion dieses Merkmals in der Warentestliteratur vgl. Andresen, Warentest, S. 116 ff.

2) BGHZ 65, 325 ff, 329 f.

3) Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 366; Schricker, GRUR 1976, 274 ff, 275; Deutsch, JZ 1976, 451.

da sie auch nicht - wie z.B. ein Warentest - einen einheitlichen Komplex bilden. Es besteht kein Grund, bei derartigen Äußerungen nicht - wie vom Gesetz vorgegeben - zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen zu unterscheiden und erstere demzufolge nach § 824 BGB zu beurteilen. Geht es aber nur noch um die deliktsrechtliche Überprüfung schädigender Werturteile Einzelner, bleibt für das vom BGH aufgestellte Unzulässigkeitskriterium der bewußt unrichtigen Angaben kein Raum mehr.

Das vom BGH allgemein formulierte Merkmal der Unzulässigkeit bewußter Fehlrteile und bewußter Verzerrungen¹⁾ scheint schließlich für jede Fallgruppe von Gewerbekritik einschlägig zu sein. Betrachtet man es jedoch näher, so erweisen sich auch hier Differenzierungen als nötig:

Allein die Tatsache, daß der BGH bei Vorliegen dieser Umstände vielleicht schon die Grenze zu § 826 BGB überschritten sieht²⁾, ist jedoch noch kein Argument dafür, diese Kriterien zur Begründung der Unzulässigkeit einer Äußerung auf alle unterschiedlichen Fälle und Fallgruppen unbesehen in gleicher Weise anzuwenden. Das Urteil der Sittenwidrigkeit ist ja nicht aufgrund abstrakter Merkmale zu fällen, sondern erfordert eine Abwägung aller Umstände des Einzelfalles³⁾; aufgrunddessen ist es durchaus möglich, daß z.B. die Tests der Stiftung Warentest bei bewußten Verzerrungen oder Fehlrteilen als sittenwidrige Schädigung angesehen werden könnten, während denselben kritischen Äußerungen einzelner Verbraucher noch kein sittenwidriger Charakter beizumessen wäre. Daß etwa bewußte Verzerrungen in einem Fall eine sittenwidrige Schädigung darstellen können, enthebt also nicht der Aufgabe, dies für andere Fälle gesondert zu überprüfen.

1) BGHZ 65, 325 ff, 335; ähnlich Kübler, Wirtschaftsordnung und Meinungsfreiheit, S. 23; Ulmer, in: Vergleichende Warentests, S. 18; Arndt, NJW 1964, 1312 f, 1313; Bofinger, NJW 1965, 1833 ff, 1838.

2) BGHZ 65, 325 ff, 335.

3) RGZ 140, 184 ff, 190; Soergel-Knopp, § 826, Rdn. 21; Erman-Drees, § 826, Rdn. 11; Mertens in MünchK., § 826, Rdn. 41; vgl. auch schon o. S. 134 f.

Was nun zunächst die vom BGH als unzulässig erachteten bewußten Verzerrungen betrifft, ist folgendes zu sagen:

Bei den Tests der Stiftung Warentest diese Grenze zu ziehen, ist mit Sicherheit berechtigt. Mit dem Zweck, neutral und objektiv zur Aufklärung der Verbraucher über das Konsumgüterangebot beizutragen, wäre es unvereinbar, würde man auch bewußte Verzerrungen zulassen. Von ihrem Zweck und Hintergrund her ist jedoch die Gewerbekritik Einzelner anders zu beurteilen:

Verzerrende Darstellungen sind bei ihnen zum einen unvermeidlich, weil Meinungsäußerungen von Laien durch ihren subjektiven Bezug kaum einmal objektiv sein können. Zum anderen dürfen aber auch bewußte Verzerrungen bei ihnen deshalb nicht ohne weiteres als unzulässig bezeichnet werden, weil die Kritik Einzelner als Meinungsäußerung dem Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG unterfällt und im Gegensatz etwa zur Stiftung Warentest bei ihnen keine Gründe zur Auferlegung einer besonderen Verantwortung bestehen. Somit ist allein vom Maßstab des Art. 5 Abs. 1 GG auszugehen, der eben nicht nur die Kundgabe sachlich fundierter Meinungen zuläßt, sondern es jedem freistellt, seine eigene Meinung frei zu äußern. Dabei kann es - wie es oben schon für die Form der Äußerung dargestellt wurde¹⁾ - auch hinsichtlich ihres sachlichen Gehaltes nicht beanstandet werden, wenn der Einzelne substanzlose Urteile fällt, übertreibt, simplifiziert oder in aggressiver Art und Weise seine Meinung abgibt²⁾. Von daher können auch bewußt verzerrende Darstellungen nicht grundsätzlich als unzulässig angesehen werden.

Allerdings ist dem BGH beizupflichten, daß - selbst bei Äußerungen Einzelner - Verzerrungen nicht unbegrenzt zugelassen werden können. Dabei sollte aber als Beurteilungsmaßstab nicht von der Generalklausel des § 826 BGB ausgegangen

1) s.o. S. 168 ff.

2) Andresen, Warentest, S. 214; Uhlitz, NJW 1966, 2097 ff, 2098; Arndt, NJW 1964, 1312; v.Köller, Meinungsfreiheit, S. 144.

werden, sondern als sachgerechter Ansatzpunkt zur Bestimmung einer Zulässigkeitsgrenze bietet sich eher § 824 BGB an:

Dies wird deutlich, wenn man den Charakter verzerrender Urteile näher betrachtet. Ob nämlich ein Werturteil verzerrend ist, kann nicht aus ihm selbst heraus beurteilt werden. Dazu bedarf es vielmehr des Vergleiches mit den dem Urteil zugrundeliegenden Tatsachen. Nicht ein Werturteil an sich ist verzerrend, sondern durch eine Meinungsäußerung können allenfalls Tatsachen verzerrt wiedergegeben werden. Spricht man von verzerrenden Darstellungen, sind also die Tatsachenebene und damit der Regelungsbereich des § 824 BGB angesprochen. Anerkannt ist, daß sich die Unwahrheit einer Äußerung auch aus einer entstellenden Darstellung ergeben kann¹⁾. Von diesem Ausgangspunkt her läßt sich nun auch eine klare Abgrenzung vornehmen:

Verzerrende Äußerungen sind dann gemäß § 824 BGB als unzulässig zu bezeichnen, wenn sie derart im Widerspruch zu den zugrundeliegenden Tatsachen stehen, daß damit von einer Verfälschung der Wahrheit gesprochen werden kann und demzufolge die Äußerung insgesamt den Charakter einer unwahren Tatsachenbehauptung i.S.v. § 824 BGB erhält. Sanktioniert man auf diese Weise grobe Verzerrungen und Entstellungen²⁾ als wahrheitswidrige Verfälschungen, so entspricht das zum einen am ehesten der Systematik des Deliktsrechts, das vor allem mit § 824 BGB unwahre Äußerungen unterbinden will. Zum anderen wird diese Abgrenzung auch dem Wertgehalt des Grundrechts der Meinungsfreiheit gerecht, da nicht die Zulässigkeit von Meinungsäußerungen schlechthin eingeschränkt wird, sondern nur solche Äußerungen als unzulässig erachtet werden, die einen wahrheitsverfälschenden Gehalt haben, gegenüber denen das Unternehmen auch eines Schutzes bedarf³⁾.

1) RGZ 75, 61 ff, 63; Soergel-Knopp, § 824, Rdn. 12; Erman-Drees, § 824, Rdn. 7.

2) Für deren Unzulässigkeit auch Kübler, Wirtschaftsordnung und Meinungsfreiheit, S. 23.

3) Dazu s.o. S. 85 f, 111 ff.

Eine ähnlich differenzierende Beurteilung ist schließlich auch bei der Zulässigkeitsgrenze der bewußten Fehlurteile geboten:

Daß bei kritischen Äußerungen Einzelner Fehlbeurteilungen nicht generell beanstandet werden dürfen, liegt auf der Hand. Wenn man, wie es das Grundrecht des Art. 5 Abs. 1 GG erfordert, jedem einzelnen Verbraucher die Möglichkeit eröffnet, auch als Laie in der Öffentlichkeit Urteile über Konsumgüter abzugeben, muß man bei derartigen laienhaften Äußerungen in Kauf nehmen, daß Fehlbeurteilungen vorkommen können. Fraglich kann deshalb nur noch sein, ob auch bei Äußerungen Einzelner die Grenze der Zulässigkeit dort überschritten sein soll, wo bewußt Fehlurteile gefällt werden, d.h. Urteile, die im Widerspruch zu den zugrundeliegenden beurteilten Tatsachen stehen. Ausgangspunkt muß hier wiederum die Tatsache sein, daß die Äußerungen Einzelner vor allem an Art. 5 Abs. 1 GG zu messen sind. Da aber dieses Grundrecht die freie Kundgabe der eigenen Meinung gewährleistet, darf mithin grundsätzlich nicht zwischen richtigen und falschen Meinungen unterschieden werden. Art. 5 GG schützt die Äußerung jeder, auch der nicht haltbaren Meinung¹⁾. Damit unterfallen grundsätzlich auch Fehlbeurteilungen dem Schutz der Meinungsfreiheit.

Bei der Beurteilung dürfen allerdings die damit kollidierenden Interessen der betroffenen Unternehmen nicht unberücksichtigt bleiben. An anderer Stelle wurde schon das Interesse des Unternehmens daran, daß das Bild, das die Öffentlichkeit sich von ihm und den Ergebnissen seiner Tätigkeit macht, nicht verfälscht wird, als schützenswert befunden²⁾ und auch eine verfassungsrechtliche Absicherung dieser Interessen bejaht. Wenn auch die damit oft kollidierende Meinungsfreiheit grundsätzlich den Vorrang genießt, so haben doch diese Interessen dem nicht schrankenlos gewährleisteten Grundrecht aus Art. 5 GG nicht immer zu weichen.

1) OLG Stuttgart, JZ 1975, 698 ff, 699; Baumbach-Hefermehl, §§ 14, 15 UWG, Rdn. 23; v. Köller, Meinungsfreiheit, S. 144; Arndt, NJW 1964, 1312.

2) s.o. S. 111 ff.

Gerade im Fall bewußter Fehltritte ist aber bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen den betroffenen Unternehmensinteressen der Vorzug zu geben. Gegenüber dem berechtigten Interesse, nicht durch verfälschende Kritik geschädigt zu werden, erscheint das Interesse des Einzelnen, auch Fehltritte abgeben zu dürfen, jedenfalls dann nicht vorrangig, wenn bewußt, d.h. vorsätzlich Urteile verbreitet werden, die mit den zugrundeliegenden beurteilten Tatsachen nicht in Einklang stehen. Allerdings ist diese Zulässigkeitsgrenze im Interesse der Freiheit der Kritik auf eindeutige Fälle zu beschränken. Da bei Äußerungen im Wertungsbereich über die Berechtigung eines Werturteils oder über das Vorliegen eines Fehltritts meist gestritten werden kann, dürfen nur eindeutig als Fehltritte zu qualifizierende Äußerungen dem Verdikt der Unzulässigkeit unterworfen werden. Als Abgrenzungskriterium kann hierbei der vom BGH in etwas anderem Zusammenhang benutzte Vertretbarkeitsmaßstab¹⁾ verwendet werden. Als unzulässig sind demnach Werturteile anzusehen, die - verglichen mit den zugrundeliegenden Tatsachen - als nicht mehr vertretbar, als indiskutabel bezeichnet werden müssen, vorausgesetzt, die Abgabe eines solchen Fehltritts ist bewußt, d.h. in Kenntnis dieser Umstände, geschehen.

Kritik, die derartige bewußte indiskutable Fehltritte enthält, brauchen die betroffenen Unternehmen also auch von einzelnen Verbrauchern nicht zu dulden.

d. Der mit der Äußerung verfolgte Zweck

aa. Problemstellung

Bei der sich aus § 193 StGB ergebenden Aufgabe, diejenigen Umstände herauszuarbeiten, die einen Einfluß auf die Beurteilung einer Äußerung als unzulässig oder zulässig haben können, ist auch auf die mit einer Kritik verfolgten Ziele und Zwecke einzugehen. Daß subjektive Motivationen für die Abwägung erheblich sein können, wird schon in der "Lüth"-

1) BGHZ 65, 325 ff, 335; s. auch schon o. S. 194 ff.

Entscheidung des BVerfG¹⁾ deutlich: Nach der dort aufgestellten Zweck-Mittel-Relation hat der Schutz des privaten, von einer Kritik betroffenen Rechtsguts um so mehr zurückzustehen, je mehr vom Grundrecht der Meinungsfreiheit nicht zum Zwecke privater Auseinandersetzung und in Verfolgung eigennütziger Ziele Gebrauch gemacht wird, sondern dazu, zur Bildung öffentlicher Meinung beizutragen und einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage zu leisten.

Dementsprechend privilegiert auch der BGH in den Gründen der "Höllenfeuer"-Entscheidung²⁾ kritische Äußerungen, die in Auseinandersetzungen, die über einzelpersonliche Bezüge hinausgehen, gefallen sind. Diese Tendenz wird in der eingangs geschilderten "Fiat"-Entscheidung des LG Kempten³⁾ auf die Spitze getrieben, wenn dort die Aktion des Beklagten für widerrechtlich gehalten wird, wenn der Beklagte sie nur zu dem Zweck durchgeführt haben sollte, um private Vorteile herauszuschlagen. Erst die vom Gericht getroffene Feststellung, daß der Beklagte mit seiner Aktion die Öffentlichkeit informieren und nicht eigennützige Ziele verfolgen wollte, eröffnete ihm danach einen weiten Freiheitsraum für seine Kritik. Die Maßgeblichkeit einer solchen Zweck-Mittel-Relation für die Abgrenzung wird auch von der Literatur, jedenfalls soweit sie überhaupt der grundsätzlichen Linie der Rechtsprechung folgt, bejaht⁴⁾.

Die Frage, ob die mit einer Kritik verfolgten subjektiven Ziele und Zwecke in die Abwägung einzubeziehen sind, ist gerade für die Fallgruppe der Kritik durch einzelne Verbraucher von erheblicher Bedeutung. Im Gegensatz etwa zu den Tests der Stiftung Warentest, die eindeutig von dem Ziel getragen sind, die Öffentlichkeit, insbes. die Verbraucherschaft über das Warenangebot zu informieren, von einer

1) BVerfGE 7, 198 ff, 212.

2) BGHZ 45, 296 ff, 308.

3) BB 1973, 163 f, 164.

4) z.B. Baumbach-Hefermehl, §§ 14,15 UWG, Rdn. 25; Wenzel, Recht der Wort- und Bildberichterstattung, Rdn. 5.43 ff, S. 194 ff.

Zielsetzung also, die als "einwandfrei"¹⁾ angesehen wird, aufgrund derer dann auch ein großer Freiraum für die Kritik eröffnet wird²⁾, stellen sich kritische Äußerungen einzelner Verbraucher von ihrer subjektiven Motivation und Zielsetzung her sehr viel vielschichtiger dar; die von ihnen verfolgten Zwecke können verschiedenster Natur sein³⁾:

Tritt ein Verbraucher mit seiner Kritik an Waren oder Dienstleistungen an die Öffentlichkeit, so kann er damit z.B. nur seinem Ärger über einen ungünstigen Kauf Luft verschaffen wollen. Vielleicht will er aber auch die anderen Verbraucher über die Nachteile eines Produkts informieren. Denkbar ist schließlich, daß er durch das Einschalten der öffentlichen Meinung - durchaus eigennützig - versucht, Druck auszuüben, um seine eigene Position zu stärken, d.h. für sich gegenüber seinem Vertragspartner oder einem Hersteller Vorteile herauszuschlagen bzw. bestehende oder vermeintliche Ansprüche durchzusetzen. Derartige mögliche Ziele und Zwecke werden aber meist nicht einzeln genau feststellbar und zu trennen sein, sondern in der Regel wird die Kritik gleichzeitig von einem Bündel solcher Motive getragen sein.

Angesichts dessen ist zu fragen, ob der mit der Äußerung verfolgte Zweck wirklich ein taugliches Kriterium zur Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Äußerungen darstellt. Ausgangspunkt hat hier wiederum Art. 5 GG zu sein, da Äußerungen Einzelner mangels besonderer Umstände in erster Linie an diesem Grundrecht zu messen sind.

bb. Meinungsfreiheit und verfolgter Zweck

Wie schon mehrfach herausgestellt, ist ein Kernstück des Grundrechts der Meinungsfreiheit ihre personelle und thematische Universalität⁴⁾. Macht man mit dem Anspruch Ernst, daß jeder Einzelne zu jeder, auch wirtschaftlichen Frage

1) So Baumbach-Hefermehl, §§ 14,15 UWG, Rdn. 25.

2) BGHZ 65, 325 ff, 332.

3) Vgl. dazu schon o. S. 140 ff.

4) s.o. S. 150 ff.

seine Meinung in der Öffentlichkeit frei kundgeben darf, verbietet es sich, diese Garantie auf der anderen Seite wiederum durch Aufstellen subjektiver Erfordernisse auszuhöheln. Wenn man den Umfang des Grundrechts des Art. 5 Abs. 1 GG entsprechend der Motive, die jemand mit einer Meinungsäußerung verfolgt, unterschiedlich bestimmt, schränkt man die Meinungsfreiheit mittels eines Kriteriums ein, das in Art. 5 GG selbst nicht vorgesehen ist. Mit der individualrechtlichen Garantie des Art. 5 Abs. 1 GG ist die Einschränkung des Umfangs der Meinungsfreiheit je nach den subjektiven Motiven des sich Äußernden also an sich nicht vereinbar.

Freilich wollen auch Rechtsprechung und Literatur mit der Berücksichtigung subjektiver Ziele und Zwecke den Schutzbereich des Art. 5 GG nicht generell relativieren, sondern die Beachtung der subjektiven Absichten des sich kritisch Äußernden dient als ein Kriterium bei der Abwägung der bei gewerbeschädigenden Äußerungen kollidierenden Interessen und Güter von Kritiker und Betroffenen. Diese Vorgehensweise einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung ergibt sich aus dem Ausgangspunkt der herrschenden Lehre, angesichts der generalklauselartigen Weite des Rechts am Gewerbebetrieb die Rechtswidrigkeit eines schädigenden Verhaltens unter Abwägung aller Einzelumstände positiv feststellen zu müssen¹⁾. Bei einer eingehenden Abwägung aller widerstreitenden Interessen können zugegebenermaßen aber auch die vom Schädiger verfolgten Ziele ein durchaus entscheidendes Abwägungskriterium darstellen, das dann in die Wertung einzubeziehen ist.

Auf die sich aus dem Aspekt der Rechtssicherheit ergebenden Bedenken gegenüber einer allgemeinen Güter- und Interessenabwägung, die mit jederzeit austauschbaren Wertungsgesichtspunkten operiert, ist schon eingegangen worden²⁾. Demgegenüber steht nach der hier vertretenen Lösung mit § 193 StGB ein Beurteilungsmaßstab zur Verfügung, anhand dessen in re-

1) Grundlegend BGHZ 45, 296 ff, 307 ff ("Höllenfeuer").

2) s.o. S. 113 ff; kritisch auch Wenzel, Recht der Wort- und Bildberichterstattung, Rdn. 5.23 ff, S. 187 ff.

lativ klarer Weise unzulässige von zulässigen Äußerungen abgegrenzt werden können. Von daher stellt sich nun die Frage, ob subjektive Zwecke und Absichten als Wertungsfaktoren auch dann beachtlich sind, wenn man in § 193 StGB das entscheidende Abgrenzungskriterium sieht.

cc. Die Bedeutung des Zwecks für § 193 StGB

§ 193 StGB enthält besondere Rechtfertigungsgründe für das Gebiet der Ehrverletzungen, wobei der praktisch wichtigste Fall die Wahrnehmung berechtigter Interessen ist¹⁾. Geht man von diesem Hauptfall des § 193 StGB, der Wahrnehmung berechtigter Interessen, aus, so entspricht es allgemeiner Ansicht, daß es zur Feststellung der Wahrnehmung berechtigter Interessen einer Güterabwägung bedarf. Entscheidend ist eine Zweck-Mittel-Relation, d.h. eine Schädigung ist dann durch eine berechnigte Interessenwahrnehmung gerechtfertigt, wenn ein rechtlich schutzwürdiger Zweck verfolgt wird und dabei die schädigende Handlung sich als das angemessene Mittel zur Erreichung dieses berechtigten Zweckes darstellt²⁾. Bei der Prüfung, ob eine Ehrverletzung durch Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigt ist, kommt also dem vom Schädiger verfolgten Zweck durchaus entscheidende Bedeutung zu.

Dieses Ergebnis darf allerdings nicht einfach auf die besondere Fallgruppe der unternehmensschädigenden Kritik übertragen werden. Dabei würde nämlich übersehen, daß § 193 StGB neben dem Hauptfall der Rechtfertigung durch Wahrnehmung berechtigter Interessen weitere spezielle Rechtfertigungstatbestände enthält, die eben keine berechnigte Interessenwahrnehmung erfordern.

Für die hier zu behandelnden unternehmensschädigenden Äußerungen ist die Tatbestandsvariante des § 193 StGB entscheidend, wonach tadelnde Urteile über gewerbliche Lei-

1) Schönke/Schröder-Lenckner, § 193 StGB, Rdn. 1,8.

2) Dies., Rdn. 9 f; LK-Herdeggen, § 193 StGB, Rdn. 11, 21.

stungen nur insofern strafbar sind, als das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Äußerung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht. Durch § 193 StGB wird also - insofern in Übereinstimmung mit Art. 5 GG - die grundsätzliche Freiheit der Meinungsäußerung und der Kritik auch im wirtschaftlichen Bereich manifestiert. Die Grenze dieses Rechtfertigungsgrundes der Kritikfreiheit¹⁾ setzen nur Form und Umstände, also die Formalbeleidigung. Daß die Kritik an gewerblichen Leistungen grundsätzlich frei ist, heißt andererseits aber auch, daß die Rechtfertigung tadelnder Urteile nicht erst von einer Interessenabwägung im Einzelfall abhängt; sie ist vielmehr schon das Ergebnis einer gesetzlichen Güterabwägung²⁾. Für eine Prüfung, ob der Schädiger berechnete Interessen wahrgenommen hat, ist also in diesem Bereich kein Raum, sondern § 193 StGB stellt klar, daß derjenige, der sich über gewerbliche Leistungen kritisch äußert, stets berechnete Interessen wahrnimmt und von seinem Grundrecht auf freie Meinungsäußerung Gebrauch macht, sofern er nur nicht zum Mittel der Formalbeleidigung greift. Auch die Auslegung des § 193 StGB ergibt deshalb, daß für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer schädigenden Äußerung die vom Schädiger verfolgten Ziele und Absichten kein taugliches Abgrenzungsmerkmal darstellen.

Wenn die frühere Rechtsprechung des BGH, insbes. in der "Constanze"-Entscheidung³⁾, bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit einer Äußerung auf § 193 StGB abgestellt hatte, so hatte sie damit zwar den grundsätzlich richtigen Ausgangspunkt gewählt. Dadurch aber, daß sie glaubte, mit einer umfassenden Güterabwägung die Wahrnehmung berechtigter Interessen prüfen zu müssen, hatte sie übersehen, daß § 193 StGB selbst tadelnde Urteile über gewerbliche Leistungen eben

1) LK-Herdegen, § 193 StGB, Rdn. 5; Löffler, Presserecht, Bd. I, S. 319.

2) LK-Herdegen, § 193 StGB, Rdn. 6; Uhlitz, NJW 1966, 2097 ff, 2098; im Ergebnis so auch schon RGSt 39, 311 ff, 312; unrichtig daher Wenzel, Recht der Wort- und Bildberichterstattung, Rdn. 5.22, S. 187 und Rdn. 5.119, S. 217.

3) BGHZ 3, 270 ff, 280 f.

ohne diese besondere Rechtfertigung aufgrund der allgemeinen grundrechtlichen Kritikfreiheit für zulässig erachtet.

Allenfalls käme man zu einer Beachtlichkeit der Ziele und Zwecke des Schädigers für die Beurteilung, wenn man diese subjektiven Momente als derartige erhebliche Umstände qualifizieren könnte, die nach § 193 StGB auch der Gewerbekritik neben der Form als Grenze gesetzt sind. Allgemeiner Ansicht nach kommen als Umstände i.S.v. § 193 StGB jedoch nur solche in Betracht, die die beleidigende Äußerung begleiten, also räumlich und zeitlich mit ihr in so naher Beziehung stehen, daß sie gleichzeitig mit der Äußerung auf den Hörer einwirken und dadurch den Eindruck beeinflussen können, den dieser von dem Sinn und Zweck der Äußerung empfängt¹⁾. Es muß sich also um äußere Umstände handeln, keine derartigen Begleitumstände sind dagegen innere Vorgänge²⁾ wie eben z.B. die vom Schädiger verfolgten Absichten. Dieser Auslegung ist auch beizupflichten. Würde man nämlich auch subjektive Momente als Umstände i.S.v. § 193 StGB ansehen, die der Äußerung den Charakter einer Formalbeleidigung geben würden, käme man auf diesem Umweg doch zu einer Prüfung, ob eine Wahrnehmung berechtigter Interessen vorliegt, was aber § 193 StGB selbst für tadelnde Urteile gewerblicher Leistungen gerade ausschließt.

dd. Gewerbekritik und Kommunikationsprozeß

Das aus der Auslegung des § 193 StGB und der individualrechtlichen Komponente des Art. 5 Abs. 1 GG gewonnene Ergebnis, daß die vom Schädiger verfolgten Ziele und Zwecke kein taugliches Kriterium zur Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Äußerungen darstellen, läßt sich schließlich auch bestätigen, wenn man sich die objektivrechtliche Seite des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 GG, den Funktionszusammenhang der öffentlichen Meinung, der gerade für die öffentliche

1) Schönke/Schröder-Lenckner, § 193 StGB, Rdn. 29; RGSt 34, 80.

2) Schönke/Schröder-Lenckner, § 193 StGB, Rdn. 29.

Kritik an Waren und Dienstleistungen schon an anderer Stelle für bedeutsam erachtet wurde¹⁾, vergegenwärtigt.

Mit der Freiheitlichkeit des von Art. 5 Abs. 1 GG verbürgten Meinungsbildungsprozesses wäre es unvereinbar, würde man die Zulässigkeit einer Kritik von den mit ihr verfolgten Zielen und Absichten abhängig machen. Die Funktionsweise öffentlicher Meinung, die nicht nur auf die Behandlung "öffentlicher" Themen im engeren Sinne beschränkt werden darf, sondern thematisch genauso z.B. Fragen des Konsums umfaßt, verlangt den Dialog, das Spiel von Rede und Gegenrede, um die ihr im System der freiheitlichen Verfassung zugewiesenen Aufgaben der Kontrolle und des Ausgleichs leisten zu können²⁾. Die öffentliche Kritik an angepriesenen Waren und Leistungen ist dabei nicht nur als isolierte individuelle Meinungsäußerung, sondern als ein relevanter Beitrag innerhalb des Prozesses der öffentlichen Meinungsbildung und als wirksamstes Gegenmittel zu begreifen, durch das dem Einfluß einer ständig wachsenden Suggestivrekame begegnet werden kann³⁾. Die Warenkritik erschöpft sich dabei nicht in der Funktion, die Markttransparenz zu fördern, indem über den Gebrauchsnutzen eines Guts informiert wird, sondern durch sie wird stets auch die allgemeine Diskussion über eine von der Werbung erzeugte oder verstärkte soziale Norm eröffnet⁴⁾.

Die Freiheitlichkeit des Kommunikationsprozesses würde aber eine ungerechtfertigte Einschränkung erfahren, wenn man, wie es die Rechtsprechung und Teile der Literatur machen, immer nur das Bedürfnis des Konsumenten im Auge hat, über den Gebrauchsnutzen einer Ware aufgeklärt zu werden und deshalb nur die "uneigennützige" und mit dem Ziel der Information der Verbraucher vorgenommene Konsumgüterkritik privilegiert.

1) s.o. S. 149 ff.

2) Kübler, Wirtschaftsordnung und Meinungsfreiheit, S. 19; BVerfGE 12, 113 ff, 125.

3) Reich, ZRP 1974, 187 ff, 192; Kübler, Wirtschaftsordnung und Meinungsfreiheit, S. 19.

4) Kübler, Wirtschaftsordnung und Meinungsfreiheit, S. 19.

Dabei wird übersehen, daß jede Kritik, welche Motive auch hinter ihr stehen, öffentliche Diskussion einer sozialen Regel, des Konsumverhaltens, ist und damit zu dem freiheitlichen Kommunikationsprozeß stets einen tauglichen Beitrag leistet¹⁾.

Auch die objektivrechtliche Komponente des Art. 5 Abs. 1 GG, die Schutzgarantie für einen freiheitlichen Meinungsbildungsprozeß, verbietet es also, die Zulässigkeit einer Kritik von den mit ihr verfolgten Zielen und Zwecken abhängig zu machen.

Dieses Ergebnis erweist sich schließlich auch dann als richtig, wenn man an das schon angesprochene Verhältnis von Werbung und Warenkritik denkt²⁾. Begreift man sowohl Werbung als auch Warenkritik lediglich als Teile desselben öffentlichen Kommunikationsprozesses über das Konsumgüterangebot, bei dem sich nicht die Kritik als primärer aggressiver Beitrag darstellt, sondern oft nur als Reaktion auf die mit suggestiven Mitteln arbeitende Werbung, so liegt es nahe, für beide Seiten dieser öffentlichen Konfrontation eine Art Waffenparität zu fordern³⁾ und beide ähnlichen Beurteilungsmaßstäben zu unterwerfen. Befremdlich erscheint es von daher, würde man nur die Warenkritik dem Erfordernis "einwandfreier" Zielsetzung unterwerfen, da doch andererseits allgemein bekannt ist, mit welch geringen Informationsgehalten die Werbung arbeitet. Werbung ist nicht primär von dem Ziel getragen, die Verbraucherschaft über den Nutzen ihrer Güter zu informieren, sondern ihr Zweck ist höchst eigennützig, nämlich möglichst hohe Verkaufszahlen zu erzielen. Von daher ist es nicht gerechtfertigt, nur von Informationszwecken geleitete Kritik zu privilegieren und Äußerungen, die aus eigennützigen Motiven heraus abgegeben werden, in geringerem Umfange zuzulassen.

1) Kübler, Wirtschaftsordnung und Meinungsfreiheit, S. 20; Simitis, Verbraucherschutz, S. 38.

2) s.o. S. 186 ff.

3) So Andresen, Warentest, S. 207 ff.

e. Das Mittel der Kritik

aa. Problemstellung

Als letztes Kriterium, das als maßgeblicher Umstand i.S.v. § 193 StGB für die Abgrenzung in Betracht kommt, soll die Wahl des Mittels der Kritik untersucht werden. Dabei geht es um die Frage, ob Kritik wirklich immer bis zur Grenze der Formalbeleidigung zulässig sein soll oder ob es nicht Fallgestaltungen gibt, bei denen eine Vorverlagerung des Unternehmensschutzes geboten ist, bei denen also nicht jedes Mittel der Kritik zulässig ist.

Derartige materielle Grenzziehungen finden sich auch in Rechtsprechung und Literatur: So ist der BGH früher davon ausgegangen, daß nur das notwendige und schonendste¹⁾ Mittel der Kritik zulässig sei, im neueren Schrifttum wird zum Teil nur das angemessene Mittel der Kritik für zulässig erachtet²⁾.

Das Mittel der Kritik wird nach herkömmlicher Ansicht im Rahmen einer Zweck-Mittel-Relation geprüft. Zwar ist nach dem vorstehend Erörterten eine solche Relation nicht gerechtfertigt, da der vom Schädiger verfolgte Zweck kein taugliches Abgrenzungskriterium darstellt³⁾, jedoch kann dem Mittel der Kritik im Rahmen einer anderen Relation eine Bedeutung zukommen: Es ist nämlich zu fragen, ob nicht zwischen dem Mittel der Kritik und der Bedeutung des kritisierten Sachverhaltes ein gewisses Verhältnis bestehen muß, d.h. es geht um eine Relation zwischen dem Ausmaß der Beanstandung und der Schärfe der Kritik.

Folgendes Beispiel mag die Problematik verdeutlichen: Im Fall des LG Kempten⁴⁾ ging es beim Wagen des Beklagten um ein mit erheblichen Mängeln behaftetes Fahrzeug. Aufgrund dessen sah das Gericht auch seine Aktionen und die polemische

1) Insbes. BGHZ 3, 270 ff, 280 f ("Constanze").

2) Baumbach-Hefermehl, §§ 14,15 UWG, Rdn. 25; Wenzel, Recht der Wort- und Bildberichterstattung, Rdn. 5.107 ff, S.213 f.

3) s.o. S. 202 ff.

4) BB 1973, 163 f.

sche Kritik als rechtmäßig an. Von daher erhebt sich aber die Frage, ob derartige scharfe Kritik auch zulässig wäre, wenn ein Verbraucher in ähnlicher Weise wegen eines nur geringen alltäglichen Mangels an einem Konsumgut an die Öffentlichkeit treten würde. Zu beachten ist nämlich einmal, daß eine in breiter Öffentlichkeit wirkende Kritik ein erhebliches Schädigungspotential darstellt, denn ein an einem Beispiel aufgezeigter Mangel läßt in der Öffentlichkeit leicht den Eindruck entstehen, alle Produkte dieses Herstellers neigten zu derartigen Fehlern. Zum anderen darf nicht übersehen werden, daß in einer Industriegesellschaft, die auf Konsum ausgerichtet ist und in der Waren durch Massenproduktion in Serie und darum auch relativ preiswert hergestellt werden, Fehler nicht auszuschließen sind. Würde etwa durch einen Verbraucher, der von einem solchen, mit einem alltäglichen Fehler behafteten Produkt betroffen ist, dieser in gewisser Weise systemimmanente Mangel übermäßig betont, würde insgesamt die Gefahr bestehen, daß von der Produktion eines Herstellers ein verfälschtes Bild in der Öffentlichkeit entsteht.

bb. Einschränkung der Kritikfreiheit in Sonderverbindungen

Vor der Frage aber, ob die Wahl des Mittels der Kritik deliktsrechtlichen Schranken zu unterwerfen ist, ist auf den Sonderfall einzugehen, daß zwischen dem sich negativ äussernden Verbraucher und dem von der Kritik Betroffenen vertragliche Beziehungen bestehen. Da Verträge Grundlage vielfältiger Neben- und Verhaltenspflichten sind, ist an eine vertragliche Pflicht zu denken, den Vertragspartner bzw. seine Leistungen nicht oder nur schonend in der Öffentlichkeit zu kritisieren. In der vertraglichen Beziehung läge dann der Grund für eine Einschränkung zulässiger öffentlicher Kritik.

Allerdings trifft diese Gestaltung für den Regelfall öffentlicher Kritik durch einzelne Verbraucher nicht zu. Da meist der Nutzen oder die Qualität von Waren kritisiert werden, wird der Hersteller dieser Produkte, zu dem aber in

der Regel keine vertraglichen Beziehungen bestehen, von der Kritik betroffen. Die Schädigung des Warenrufs trifft dagegen in der arbeitsteiligen Wirtschaft nicht, jedenfalls nicht unmittelbar, den Warenverteiler, den Verkäufer, zu dem die vertraglichen Bindungen bestehen. Die Frage nach der Einschränkung zulässiger Kritik durch vertragliche Nebenpflichten wird nur dann relevant, wenn etwa ein Händler in dieser seiner Funktion kritisiert wird, ferner im Bereich der Kritik an gewerblichen Leistungen, wenn etwa das Geschäftsgewaren oder die Leistungen eines Handwerkers oder Dienstleistungsunternehmens, dessen Dienste der Verbraucher durch Vertrag in Anspruch genommen hat, kritisiert werden. Ein Beispiel dafür ist die "Makler"-Entscheidung des BGH¹⁾. In derartigen Fällen stellt sich die Frage, ob eine kritische Äußerung schon als Vertragsverletzung zu begreifen ist, so daß es auf ihre Zulässigkeit nach deliktsrechtlichen Grundsätzen erst gar nicht ankommt.

Die Parteien eines Vertrages haben nicht nur die Pflicht zur Erbringung der geschuldeten Leistungen, sondern aus Vertragszweck und § 242 BGB lassen sich mannigfaltige Nebenpflichten entnehmen, deren Verletzung ebenfalls nach den durch Rechtsfortbildung entwickelten Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung zur Unterlassung und Schadenersatz verpflichten²⁾.

Diese Nebenpflichten dienen entweder der Verwirklichung des Leistungsinteresses, indem aufgrund des vertraglichen Willens der Parteien zum Leistungsaustausch bestimmte Pflichten zur Rücksichtnahme bei der Erbringung der Hauptleistung zur Erreichung des Vertragszwecks aufgestellt werden³⁾ oder sie zielen als Schutzpflichten auf das Erhaltungsinteresse des Vertragspartners⁴⁾: Da der rechtsgeschäftlich-soziale Kon-

1) NJW 1967, 390.

2) Vgl. Larenz, SchuldR. AT, § 24 I, S. 297 ff; Staudinger-Löwisch, Vorbem. zu §§ 275-283, Rdn. 19 ff m.w.N.

3) Roth in MünchK., § 242, Rdn. 117; Palandt-Heinrichs, § 242, Anm. 4 B a.

4) Soergel-Siebert-Knopp, § 242, Rdn. 152 ff; Roth in MünchK., § 242, Rdn. 180 ff; Larenz, SchuldR. AT, § 10 II f, S. 115 ff; BGH JZ 1979, 569 f.

takt zum einen gesteigerte Einwirkungsmöglichkeiten auf die Rechtsgütersphäre des anderen Teils eröffnet und zum anderen die Vertragspartner dadurch auf die Wahrung ihres Güterstandes durch den anderen Teil vertrauen bzw. zu vertrauen gezwungen sind, bedarf es eines Schutzes des Integritätsinteresses durch Normierung vertraglicher Nebenpflichten. Daß dabei auch geschäftsschädigende Äußerungen eine Vertragspflichtverletzung darstellen können, ist vom Grundsatz her nicht zu bezweifeln.

Allerdings kann das Ausmaß derartiger Nebenpflichten nicht generell festgelegt werden, sondern hängt entscheidend sowohl vom Vertragstypus als auch von den konkreten Vertragsumständen ab.

(1) Verletzung der Leistungstreuepflicht

Zur Leistungstreuepflicht, alles zu unterlassen, was den Vertragszweck oder den Leistungserfolg vereiteln könnte¹⁾, kann auch eine Verschwiegenheitsverpflichtung bzw. eine Pflicht gehören, den Vertragspartner nicht durch ehrverletzende oder geschäftsschädigende Äußerungen zu schädigen²⁾.

Allerdings kommt eine derartige Pflicht als vertragliche Nebenpflicht in der Regel nicht bei reinen Güterumsatzgeschäften in Betracht. Bei ihnen wird der Vertragszweck, die Erbringung der geschuldeten Leistungen, durch schädigende Kritik nicht gefährdet³⁾. Eine derartige Treuepflicht, das notwendige Zusammenwirken nicht zu stören, kommt nur bei Verträgen in Betracht, bei denen ein Vertrauensverhältnis zur Vertragsabwicklung erforderlich ist. Sie wird typischerweise relevant bei Schuldverträgen mit Dauercharakter und personenrechtlichem Einschlag, so z.B. mit dienst- oder gesellschaftsrechtlichen Elementen. Nur bei derartigen

1) BGH NJW 1978, 260; Palandt-Heinrichs, § 242, Anm. 4 B a.

2) Jauernig-Vollkommer, § 242, Anm. II 3 e.

3) Roth in MünchK., § 242, Rdn. 154; Soergel-Siebert-Knopp, § 242, Rdn. 162.

Verträgen bedeuten schädigende Äußerungen auch eine Gefährdung des Vertragszwecks¹⁾.

Aus dem Dargestellten ergibt sich, daß bei Verträgen, die Einzelne als Verbraucher mit Händlern oder Dienstleistungsunternehmen abschließen, regelmäßig eine derartige Leistungstreuepflicht, nach der sich schädigende Kritik als Vertragspflichtverletzung darstellen würde, nicht angenommen werden kann. Selbst bei Verträgen mit dienstvertraglichen Elementen, z.B. dem Maklervertrag, erfordert der Vertragszweck kein derartiges Vertrauensverhältnis, daß geschäftsschädigende Kritik zugleich als Vertragsverletzung anzusehen wäre. Zu Recht hat deshalb der BGH auch im "Makler"-Fall²⁾ im Deliktsrecht die entscheidende Prüfungsgrundlage gesehen, wenn er auch auf die Frage der Unzulässigkeit der Kritik aufgrund der vertraglichen Bindungen der Parteien hätte eingehen können. Hinzukommt, daß in diesem Fall die vertraglichen Leistungen bei Verbreitung der schädigenden Äußerungen schon abgewickelt waren und von daher Leistungstreuepflichten zur Erreichung des Vertragszweckes schon gar nicht mehr hätten angenommen werden können³⁾.

(2) Verletzung von Schutzpflichten

Neben der Leistungstreuepflicht kann Grundlage für eine Verpflichtung zur Verschwiegenheit oder zur Unterlassung geschäftsschädigender Kritik auch die allgemeine nebenvertragliche Schutzpflicht sein, Person und Vermögen des Vertragspartners nicht zu schädigen. Da Haftungsgrund für eine derartige Verpflichtung die durch die Sonderverbindung gesteigerte Einwirkungsmöglichkeit auf die Rechtsgütersphäre des anderen Teils ist⁴⁾, wird man Schutzpflichten in Form etwa von Verschwiegenheitspflichten auch nur bei solchen

1) BGH LM Nr.1 zu § 276 BGB (Hd); Jauernig-Vollkommer, § 242, Anm. II 3 e; Roth in MünchK., § 242, Rdn. 154.

2) NJW 1967, 390.

3) Zur Problematik nachvertraglicher Pflichten vgl. Emmerich in MünchK., Rdn. 326 vor § 275; Staudinger-Schmidt, § 242, Rdn. 779 ff m.w.N.

4) Larenz, SchuldR. AT, § 10 II f, S. 115; Roth in MünchK., § 242, Rdn. 181.

Verträgen annehmen können, die tatsächlich dem Vertragspartner eine gesteigerte Einwirkungsmöglichkeit auf die Vermögensgüter des anderen eröffnen. Auch dies wird wiederum bei Verträgen, die Verbraucher regelmäßig schließen, kaum einmal der Fall sein, so daß es bei den allgemeinen, für jeden geltenden Verhaltenspflichten des Deliktsrechts bleibt. Zwar ist anerkannt, daß die Bekanntgabe von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen eine Vertragsverletzung darstellen kann, wobei meist entsprechende Pflichten der Arbeitnehmer betont werden¹⁾, jedoch gelangen derartige Interna, an deren Nichtverbreitung der Vertragspartner ein berechtigtes Interesse hätte, bei Warenumsatz- oder Dienstleistungsverträgen wohl kaum einmal zur Kenntnis eines Verbrauchers. Diejenigen Umstände bei der Vertragsabwicklung, die einen Verbraucher zur Verbreitung kritischer Äußerungen etwa zur Qualität eines Produkts oder zum Geschäftsgebaren eines Unternehmens bewegen können, sind regelmäßig aber nicht so vertraulich, daß der Vertragspartner ihre Verbreitung verbieten dürfte²⁾. Würde man die Schutzpflichten derart weit bestimmen, daß die Vertragsabwicklung generell öffentlicher Kritik entzogen wäre, würde man der Bedeutung des Art. 5 GG im wirtschaftlichen Bereich und dem Grundsatz, daß sich der Gewerbetreibende in einer Wettbewerbswirtschaft der Kritik seiner Leistungen stellen muß³⁾, nicht gerecht werden.

Nur bei besonderen Fallgestaltungen ist bei Verträgen mit Verbrauchern eine derartige Vertrauensbeziehung anzunehmen, die es rechtfertigt, geschäftsschädigende Äußerungen als Vertragsverletzungen anzusehen. Solche besonderen Umstände können nicht allgemein formuliert werden, vielmehr ist stets zu fragen, ob die Gegebenheiten des Einzelfalles eine gesteigerte Verpflichtung dahingehend begründen, sich bei öffentlichen Äußerungen über den Vertragspartner Zurückhaltung

1) Vgl. Roth in MünchK., § 242, Rdn. 185 m.w.N.

2) Vgl. auch die entsprechenden Ausführungen zur Unzulässigkeit wahrer Behauptungen nach § 826 BGB o. S. 136 f.

3) BGHZ 36, 77 ff, 80 ("Waffenhändler").

aufzuerlegen. So hatte etwa das OLG Hamburg in einer neueren Entscheidung¹⁾ eine Vertragsverletzung angenommen, in der eine Versicherungsagentur, die eine Datenverarbeitungsanlage hatte aufstellen lassen, die Leistungsfähigkeit des Herstellers dieser Anlage scharf kritisiert hatte, nachdem es zu Schwierigkeiten mit dem Betrieb der Anlage gekommen war. Das Gericht sah nur aufgrund der besonderen Umstände des Falles, daß nämlich bei einem derart neuen Programm mit Anlaufschwierigkeiten zu rechnen war und daß zudem zwischen den Parteien die Ursache der Umstellungsprobleme streitig war, die Kritik als Vertragsverletzung an.

Nur wenn auch bei Verträgen mit Verbrauchern derartige besondere Fallumstände festgestellt werden können, die eben eine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Vertragspartners gerechtfertigt erscheinen lassen, darf eine vertragliche Schutzpflicht zur Unterlassung oder zur Mäßigung mit geschäftsschädigender Kritik angenommen werden. Bei den von Verbrauchern regelmäßig geschlossenen Verträgen fehlt es jedoch an derartigen Umständen, so daß ihre Kritik nur am Maßstab des Deliktsrechts zu messen ist, eine Sanktionierung als Vertragspflichtverletzung aber nicht in Betracht kommt.

Rechtsgrundlage für die Beurteilung geschäftsschädigender Äußerungen bleibt also in der Regel selbst dann, wenn zwischen Kritiker und Betroffenen vertragliche Bindungen bestehen, allein das Deliktsrecht.

cc. Deliktische Grenzen

Auf der Grundlage des Deliktsrechts ist nun die oben angeschnittene Problematik aufzugreifen, ob für das zu wählende Mittel der Kritik Schranken aufzustellen sind, d.h. ob ein gewisses Verhältnis zwischen der Schärfe der Kritik und der Bedeutung des kritisierten Sachverhaltes zu wahren ist. Zur Klarstellung ist diese Fragestellung aber in zweierlei Hinsicht einzuschränken:

1) BB 1973, 1409.

Einmal geht es hier nur darum, ob Kritik vor einer breiten Öffentlichkeit einer derartigen Schranke zu unterwerfen ist. Bei negativen Äußerungen, die im einfachen Gespräch fallen, bedarf es solcher Zulässigkeitsgrenzen nicht. Das Interesse an freier privater Kommunikation macht es erforderlich, einen weitgehend von deliktischen Schranken befreiten Erfahrungsaustausch zuzulassen, bei dem die Grenze allenfalls bei der Formalbeleidigung zu ziehen ist¹⁾. Die Frage nach weiteren deliktischen Verhaltensnormen stellt sich nur bei im engeren Sinne "öffentlicher" Kritik, die wirklich ein meßbares Schädigungspotential haben kann.

Zum anderen betrifft die Fragestellung nur wirklich herabsetzende Kritik: Daß wahre Berichterstattung über Konsumgüter generell zulässig ist, wurde schon dargestellt²⁾. Dasselbe gilt für Kritik in sachlicher Form, mit der nur das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 GG wahrgenommen wird³⁾. Erst bei darüberhinausgehender Kritik taucht die Frage auf, ob die Grenze der Zulässigkeit stets erst die Formalbeleidigung zu sein hat oder ob es Fallgestaltungen gibt, bei denen eine Vorverlagerung des Unternehmensschutzes gerechtfertigt erscheint.

(1) Kritik als schonendstes und notwendiges Mittel

In früheren Entscheidungen, wobei insbes. das "Constanze"-Urteil zu nennen ist, ging der BGH von erheblichen Einschränkungen in der Wahl des Mittels der Kritik aus und hielt nur solche Äußerungen für zulässig, die das kleinste Rechtsübel, das schonendste Mittel darstellten⁴⁾. Durch die stärkere Betonung der Meinungsfreiheit in der späteren Rechtsprechung des BGH, insbes. seit der "Höllenfeder"-Entscheidung, wurden diese engen Grenzen fallengelassen, da

1) Vgl. o. S. 180 ff.

2) s.o. S. 130 ff.

3) Uhlitz, NJW 1966, 2097; Löffler, Presserecht, Bd. I, S. 319; s. auch schon o. S. 168.

4) BGHZ 3, 270 ff, 281.

die Bedeutung des Art. 5 GG es erfordere, auch in der Art der Meinungsäußerung von Rechts wegen große Freiheit zu gewähren¹⁾. In der Tat ist es mit dem Wertgehalt der Meinungsfreiheit nicht vereinbar, nur schonendste Formen der Kritik zuzulassen. Insofern ist der Rechtsprechung zu folgen, was inzwischen auch allgemeiner Meinung entspricht.

Wenn auch nicht nur das schonendste Mittel zulässig ist, so ist unter Zubilligung eines etwas weiteren Rahmens daran zu denken, daß das gewählte Mittel wenigstens zur Erreichung des beabsichtigten Ziels notwendig sein muß. Aber auch hier hat der BGH klargestellt, daß eine Darstellung zulässig sein kann, obschon sie zur Durchsetzung der eigenen Ziele oder zur Befriedigung des Informationsbedürfnisses des Mitteilungsempfängers nicht erforderlich war, weil der Mitteilende über das Ziel hinausgeschossen ist²⁾. Mit der Zulassung nur des notwendigen Mittels würde auch eine zu enge Grenze gezogen, und zwar umsomehr, als über die Notwendigkeit von Ausdrucksmitteln zumeist höchst unterschiedliche Auffassungen denkbar sind. Das Grundrecht der Meinungsfreiheit wird allzusehr eingeschränkt, wenn die Zulässigkeit einer Darstellung davon abhängig gemacht wird, daß der Mitteilende sich an den Rahmen dessen gehalten hat, was das jeweils erkennende Gericht als noch notwendig erachtet³⁾. Daß ein genereller Zulässigkeitsrahmen des notwendigen Mittels für zu eng gehalten wird, heißt aber nicht, daß überhaupt keine sachliche Grenzziehung gerechtfertigt wäre.

(2) Kriterium der Verhältnismäßigkeit

Einen gegenüber der Notwendigkeit weiteren Zulässigkeitsrahmen würde die Frage nach der Verhältnismäßigkeit einer Kritik eröffnen. Will man Kritik nicht nur mit einer formalen Betrachtungsweise erst bei Formalbeleidigungen für unzuläs-

1) BGHZ 45, 296 ff, 308.

2) BGH GRUR 1966, 633 ff, 636 ("Teppichkehrmaschine"); GRUR 1972, 435 ff, 438 ("Grundstücksgesellschaft"); vom Kriterium der Notwendigkeit geht dagegen OLG Frankfurt, NJW 1969, 2095 ff, 2097 f ("Seehundfelle") aus.

3) Wenzel, Recht der Wort- und Bildberichterstattung, Rdn. 5.106, S. 213.

sig erachten, sondern trotz Gewährung eines weiten Spielraums für Meinungsäußerungen materielle Maßstäbe anlegen, so bietet es sich an, die Grenze des Erlaubten dort zu ziehen, wo das verwendete Mittel unter Würdigung der Gesamtsituation nicht mehr als vertretbar, als unangemessene Schädigung erscheint¹⁾.

Im Gegensatz dazu scheint die Rechtsprechung Kritik nur nach formalen Gesichtspunkten zu beurteilen, wenn die Unzulässigkeit erst bei der Schmähkritik beginnen soll²⁾. Allerdings bewahrt sich der BGH einen Spielraum für die Beurteilung dadurch, daß er den von ihm verwendeten Begriff der Schmähkritik nicht definiert und trotz dieses an sich formalen Kriteriums sachliche Gesichtspunkte nicht außer Acht läßt, wie z.B. die "Warentest"-Entscheidung mit den Forderungen nach Neutralität, Objektivität usw. zeigt³⁾. Ein klares verallgemeinerungsfähiges Konzept bei der Grenzziehung läßt der BGH allerdings vermissen.

Bei der Frage, ob eine derartige Zulässigkeitsgrenze der Verhältnismäßigkeit oder Vertretbarkeit festgelegt werden sollte, ist auf den Ausgangspunkt der Untersuchung, die Bedeutung des Grundrechts der Meinungsfreiheit, zurückzukehren. Diese Untersuchung hatte ergeben, daß aus der zwar übertragenden Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit jedoch nicht der Schluß gezogen werden darf, jede Meinungsäußerung sei auch zulässig. Dies folgt zum einen aus den Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG und zum anderen aus der Tatsache, daß bei unternehmensschädigenden Äußerungen die Meinungsäußerung nicht isoliert betrachtet werden darf, sondern daß hier beiderseits grundrechtlich geschützte Positionen gegenüberstehen. Der Ausgleich zwischen diesen kollidierenden Gütern und Interessen hat aber nicht in der Weise zu erfolgen, daß dem

1) So z.B. Baumbach-Hefermehl, §§ 14,15 UWG, Rdn. 25; Wenzel, Recht der Wort- und Bildberichterstattung, Rd. 5.107 ff, S. 213 f; Nipperdey, MDR 1956, 736; Larenz, SchuldR. BT, § 72 III b, S. 633.

2) So grundlegend BGHZ 45, 296 ff, 310.

3) BGHZ 65, 325 ff, 333 ff.

Grundrecht der Meinungsfreiheit immer der Vorzug zu geben wäre, sondern bei der erforderlichen Abwägung sind unter Anerkennung des grundsätzlichen Vorrangs des Art. 5 Abs. 1 GG jedoch Fälle denkbar, bei denen aufgrund des Vorliegens besonderer Umstände das Grundrecht der Meinungsfreiheit zurückzustehen hat und den betroffenen Unternehmensinteressen der Vorzug zu geben ist¹⁾.

Dies ist einmal unstreitig bei formalbeleidigenden Äußerungen der Fall. Den berechtigten Schutzbedürfnissen des Unternehmens würde man jedoch nicht gerecht, beließe man es bei dieser ausschließlich formalen Grenze. Vielmehr bedarf es auch einer materiellen Grenzziehung, um in Übereinstimmung mit dem Gedanken des § 193 StGB bei Vorliegen besonderer Umstände einen weitergehenden Unternehmensschutz gewähren zu können. Wenn dabei auf eine Schranke der Verhältnismäßigkeit abgestellt wird, so entspricht eine solche Schrankenziehung einer in vielen Bereichen, in denen rechtliche Wertungen zu erfolgen haben, anerkannten und interessengerechten Abgrenzungsmethode²⁾. Es stellt einen gerechten Ausgleich der bei der Gewerbekritik widerstreitenden Interessen dar, wenn unternehmensschädigende Äußerungen nur bis zu der Grenze zugelassen werden, jenseits der die Äußerung eine unverhältnismäßige, nicht mehr vertretbare Herabwürdigung und Schädigung darstellen würde.

Auf dieser allgemeinen Grundlage sind nun konkrete Umstände herauszuarbeiten, die im Einzelfall eine Kritik durch Verbraucher als unangemessene Schädigung erscheinen lassen:

Daß die Verhältnismäßigkeit nicht anhand einer Zweck-Mittel-Relation festzustellen ist, wurde schon dargestellt³⁾. Bei der Frage, unter welchen Umständen sich eine Kritik als unangemessene, unvertretbare Schädigung darstellt, ist viel-

1) Vgl. die Ausführungen o. S. 162 ff.

2) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist das überragende Gebot für staatliches Handeln: BVerfGE 12, 45 ff, 52. Auch § 826 BGB kann in gewisser Weise als Ausdruck eines Verhältnismäßigkeitsprinzips verstanden werden.

3) s.o. S. 204 ff.

mehr nach objektiven Kriterien zu suchen. Das entscheidende Merkmal, von dem her die Zulässigkeit des Mittels der Kritik zu bestimmen ist, ist der Anlaß für die Kritik. Der richtige Maßstab ist also eine Relation zwischen dem Anlaß für eine Beanstandung und der Schärfe der Kritik¹⁾. Eine wirtschaftliche Schädigung durch scharfe öffentliche Kritik kann sich je nachdem, wie schwerwiegend der Anlaß für die Kritik anzusehen ist, als noch angemessen oder schon unverhältnismäßig darstellen. Je nichtiger der Anlaß für eine Beanstandung ist, desto eher wird man eine drastische Kritik in der Öffentlichkeit als unangemessene Schädigung ansehen müssen, und umgekehrt wird sich auch eine scharfe und schonungslose Kritik dann als verhältnismäßig darstellen, je mehr ein Vorwurf für die Öffentlichkeit von Interesse ist und deshalb auch ein gewisses Informationsbedürfnis bejaht werden kann.

Nur wo der Anlaß für eine Kritik ein derartiges Gewicht hat, daß auch eine scharfe Kritik gerechtfertigt ist, sind negative Äußerungen bis hin zur Grenze der Formalbeleidigung zulässig. Wo es dagegen an einem solchen erheblichen Anlaß fehlt, bedarf es einer Vorverlagerung des Unternehmensschutzes und ist dem Kritiker zuzumuten, sich auf wahrheitsgemäße Berichterstattung und sachliche Kritik zu beschränken. Würde man drastische Kritik auch bei nichtigen Anlässen zulassen, so würde eine derartige Anprangerung das Bild, das sich die Öffentlichkeit von einem Unternehmen und seinen Leistungen macht, verfälschen und damit eine unangemessene Herabwürdigung und Schädigung darstellen.

Untersucht man auf dieser Grundlage einer erforderlichen Relation zwischen der Bedeutung der Beanstandung und dem Mittel der Kritik die eingangs geschilderten Fälle, in denen die Rechtsprechung über öffentliche Kritik durch Verbraucher zu entscheiden hatte, so ist folgendes festzustellen:

1) Daß Kritik um so schärfer geäußert werden kann, je schwerwiegender z.B. die angeprangerten Mängel einer Ware sind, kommt auch in einigen Urteilen zum Ausdruck: BGH GRUR 1957, 360 ("Phylax-Apparate"); OLG Düsseldorf, DB 1980, 253 ("Warentest").

Vor allem bei den beiden Fällen des LG Kempten¹⁾ und des LG Berlin²⁾, bei denen Autokäufer vor der Öffentlichkeit ihre Kritik angebracht hatten, ist das jeweilige Herantreten und das Äußern auch herber Kritik nicht als unangemessene Schädigung anzusehen: In beiden Fällen bestand bei den schon nach kurzer Zeit mit erheblichen Mängeln behafteten Wagen ein hinreichender Anlaß für eine auch schonungslose und drastische Kritik und ein Interesse, die Öffentlichkeit über derartige, der Werbung widersprechende Erfahrungen zu berichten, so daß die publikumswirksamen Aktionen und insbes. auch die polemischen Attacken des Beklagten im "Fiat"-Fall nicht als unangemessene Schädigung angesehen werden konnten.

Mit der Berücksichtigung des sachlichen Gewichts einer Kritik und der Ausgrenzung unangemessen schädigender Äußerungen dürften die widerstreitenden Interessen der Beteiligten einen sachlichen Ausgleich finden. Wird nur die wirklich unverhältnismäßige Kritik für unzulässig erklärt, verbleibt ein weiter Spielraum für freie Meinungsäußerung, jedoch wird auch der Verbraucher nicht von jeder Verantwortung für seine Äußerungen freigestellt. Der Maßstab der Verhältnismäßigkeit stellt auch deshalb keine wirkliche Einschränkung der Kommunikationsfreiheiten des Einzelnen dar, weil jeder verständige Verbraucher auch nur bei einem hinreichenden Anlaß mit scharfer Kritik an die Öffentlichkeit treten wird.

Durch das Kriterium der Verhältnismäßigkeit finden zudem die Interessen der von einer Kritik Betroffenen angemessene Berücksichtigung, da durch das Verbot unangemessen schädigender Gewerbekritik sichergestellt wird, daß in der öffentlichen Diskussion über das Konsumgüterangebot ein Mindestmaß an Fairneß gewahrt bleibt.

1) BB 1973, 163 f.

2) DB 1976, 528 ff.

V. Zusammenfassung

Die von einzelnen Verbrauchern bei der Kritik gewerblicher Leistungen einzuhaltenden unternehmensschützenden Verkehrspflichten seien noch einmal thesenartig aufgeführt:

1. Von der Form her ist nicht nur sachliche Kritik zulässig; Kritik kann auch unsachlich, polemisch, übertreibend, simplifizierend oder aggressiv geäußert werden. Die Zulässigkeitsgrenze ist grundsätzlich erst bei Äußerungen mit formalbeleidigendem Charakter überschritten.
2. Daß eine Kritik öffentliche Verbreitung findet, ist allein kein Grund, sie weiteren Einschränkungen zu unterwerfen. Vielmehr kann umgekehrt bei der Gewerbekritik im einfachen Gespräch ein genereller Haftungsfreiraum anzuerkennen sein.
3. Inhaltliche Anforderungen wie Neutralität, Objektivität oder Sachkunde sind an die Kritik Einzelner nicht zu stellen. Lediglich bewußte Verfälschungen von Tatsachen und bewußte, nicht mehr vertretbare Fehltritte brauchen nicht hingenommen zu werden.
4. Die mit einer Kritik verfolgten Ziele und Zwecke stellen kein taugliches Abgrenzungskriterium dar. Der aufgezeigte weite Spielraum öffentlicher Kommunikation gilt selbst für aus eigennützigen Motiven heraus geäußerte Kritik.
5. Bei öffentlicher Kritik braucht weder das schonendste noch das notwendige Mittel gewählt zu werden, jedoch darf sie keine unverhältnismäßige Herabwürdigung darstellen. Eine unangemessene Schädigung ist dann anzunehmen, wenn der Anlaß für eine Beanstandung und die Schärfe der geäußerten Kritik in keinem Verhältnis zueinander stehen.

S c h l u ß b e t r a c h t u n g e n

A. RECHTSPOLITISCHE KONSEQUENZEN

I. Resümee der Untersuchung

Betrachtet man rückblickend die vorgenommene Untersuchung sowohl zur allgemeinen deliktsrechtlichen Einordnung des Unternehmensschutzes gegen schädigende Kritik als auch zur Herausarbeitung der konkreten Zulässigkeitskriterien und Verkehrspflichten, so zeigen die unterschiedlichen Konzeptionen von Rechtsprechung und Teilen der Literatur wie auch der hier vertretenen Auffassung, daß bisher eine allgemein anerkannte und konsensfähige Lösung zur rechtlichen Behandlung unternehmensschädigender Äußerungen nicht gefunden worden ist. Abgesehen von den dogmatischen Einordnungsfragen erweist sich bisher die Rechtswidrigkeitsproblematik, d.h. das Problem einer überzeugenden Unterscheidung zwischen sozial schädlichen und sozial nützlichen Verhaltensweisen¹⁾, als am schwierigsten lösbar.

Der Rechtsprechung ist es bislang nicht gelungen, beim Operieren mit der Generalklausel des Rechts am Gewerbebetrieb allgemein überzeugende Zulässigkeitskriterien zu finden. Die bei der Güter- und Interessenabwägung gewonnenen Abgrenzungsfaktoren sind nur auf den jeweiligen Einzelfall bezogen und nicht verallgemeinerungsfähig, was hinsichtlich Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit einer Entscheidung nur als unbefriedigend bezeichnet werden kann.

Die hier gefundene Lösung, zur Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Äußerungen den Maßstab des § 193 StGB nutzbar zu machen, bietet zwar ein höheres Maß an Rechtssicherheit und ein allgemeingültiges Beurteilungskriterium, jedoch ist die

1) So Andresen, Warentest, S. 258.

Chance, daß die Rechtsprechung systemgerecht jedenfalls de lege lata in Fortbildung des § 823 Abs. 2 BGB die notwendigen Verkehrspflichten entwickelt, zugegebenermaßen gering einzuschätzen.

II. Reformvorschläge

Angesichts dieser unbefriedigenden Situation und des Defizits an unternehmensschützenden Normen im Deliktsrecht stellt sich die Frage, ob dieser der Rechtssicherheit nicht förderliche Zustand durch das Eingreifen des Gesetzgebers behoben werden sollte.

Der Gedanke an eine Reform des Deliktsrechts ist nicht neu: Schon 1967 wurde aus dem Bundesjustizministerium ein Referentenentwurf zu Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften¹⁾ vorgelegt, der, was ihn für diese Arbeit interessant macht, auch eine Regelung hinsichtlich unternehmensschädigender Äußerungen vorsah. Zwar wurde dieser Entwurf damals nicht als Gesetzesvorlage eingebracht, trotzdem soll hier nochmals auf die darin enthaltenen Vorschläge eingegangen werden, da zur Zeit wieder an eine Reform des gesamten Schuldrechts gedacht ist²⁾. Hierzu liegen inzwischen auch die ersten Gutachten vor, wobei v.Bar Vorschläge zur Reform des Deliktsrechts erarbeitet hat³⁾.

Der Referentenentwurf von 1967 sah in § 824 BGB die Regelung des Gesamtkomplexes unternehmensschädigender Äußerungen vor⁴⁾. Dazu wurden in Abs. 1 neben den unwahren Behauptungen grundsätzlich auch herabsetzende Urteile mit Schadensersatzpflichten sanktioniert. Abs. 2 enthielt neben dem jetzt schon geltenden Haftungsprivileg bei Wahrnehmung berechtigter Interessen eine weitergehende Privilegierung für Werturteile:

1) Im folgenden Referentenentwurf.

2) Dazu A.Wolf, AcP 182, S. 80 ff; Diederichsen, AcP 182, S. 101 ff; sehr kritisch dazu E.Wolf, ZRP 1982, S. 1 ff. Das Thema war Gegenstand der Zivilrechtslehrertagung 1981.

3) Im folgenden v.Bar, Deliktsrecht.

4) Referentenentwurf, S. 3, Begründung, S. 64 ff.

Durch ein herabsetzendes Urteil über eine Leistung oder ein Verhalten eines anderen sollte eine Ersatzpflicht nur begründet werden, wenn die Äußerung der Form oder den Umständen nach eine unangemessene Kundgabe von Mißachtung darstellt.

Der Vorschlag v.Bars ist demgegenüber viel weitergehend, da darin der gesamte richterrechtlich entwickelte Unternehmensschutz einer gesetzlichen Regelung zugeführt werden soll¹⁾: In einem neu zu schaffenden § 828 Ziff. 2 und 3 BGB werden verschiedene Formen von Unternehmensschädigungen sanktioniert, so auch in Ziff. 3 das berufliche oder geschäftliche Ansehen eines anderen unangemessen herabwürdigende Werturteile. Der jetzige § 824 BGB wird in seinem Kern unverändert als § 827 BGB übernommen.

III. Kritische Würdigung der Vorschläge

1. Was die grundsätzliche Frage nach der Notwendigkeit einer gesetzlichen Neuregelung des Schutzes gegen unternehmensschädigende Kritik betrifft, kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden²⁾: Die Unsicherheiten und Unwägbarkeiten insbes. im Bereich der Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Verhaltens, die sich bei der Rechtsprechung durch die Anwendung der Generalklausel des Rechts am Gewerbebetrieb ergeben, lassen es als wünschenswert erscheinen, den Komplex der unternehmensschädigenden Äußerungen einer eigenständigen gesetzlichen Regelung zuzuführen, die selbst die entscheidenden Wertungsfaktoren enthält.

2. Daß der Referentenentwurf den Gesamtkomplex des Unternehmensschutzes gegen schädigende Äußerungen im Regelungsbereich des § 824 BGB ansiedelt, erklärt sich daraus, daß der Entwurf andere Formen von Unternehmensschädigungen überhaupt nicht hatte regeln wollen. Da § 824 BGB aber schon den Schutz gegen unwahre Behauptungen beinhaltet, bot es sich

1) v.Bar, Deliktsrecht, S. 1761 f, Begründung, S. 1770 ff.

2) s.o. S. 225 f.

geradezu an, auch den für notwendig gehaltenen Schutz gegen schädigende Werturteile in diese Vorschrift aufzunehmen.

Demgegenüber geht es v.Bar um eine umfassende Regelung des Unternehmensschutzes, wobei es ihm naheliegend erschien, die schon anerkannten Fallgruppen, wozu eben auch die unternehmensschädigende Kritik gehört, in einer Vorschrift zusammenzufassen¹⁾.

Trotzdem sollte erwogen werden, ob es nicht doch sinnvoller wäre, diese herkömmliche Aufteilung, die von der Rechtsprechung zum Recht am Gewerbebetrieb geprägt ist, de lege ferenda aufzugeben und den Gesamtkomplex der unternehmensschädigenden Äußerungen dem Regelungsbereich des jetzigen § 824 BGB zuzuordnen, wie es der Referentenentwurf getan hat. Damit würde § 824 BGB zur umfassenden Schutznorm gegen alle Formen von Schädigungen des wirtschaftlichen Rufes, wobei natürlich auch weiterhin wegen des unterschiedlichen Schutzbedürfnisses zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen zu unterscheiden wäre.

3. Betrachtet man nun den Inhalt der vorgeschlagenen Regelungen, so ist zunächst allgemein zu befürworten, daß in beiden Entwürfen der Unternehmensschutz gegen schädigende Werturteile eine gesetzliche Regelung finden soll, da nach jetzigem Recht die festgestellte Schutzwürdigkeit und -bedürftigkeit des Unternehmens auch bei diesen Formen schädigender Kritik²⁾ nur durch mit Rechtsunsicherheiten behaftete Rechtsfortbildung realisiert werden kann.

Die materielle Regelung der Entwürfe, die eine grundsätzliche Haftung auch für herabsetzende Urteile anerkennen, ist in ihrem Kern recht ähnlich. Beide Vorschläge erachten unangemessen herabwürdigende Werturteile als rechtswidrig. Damit bewegen sie sich auf einer Ebene mit der hier gefundenen Lösung, ebenfalls unangemessen schädigende Kritik nicht zuzulassen.

1) v.Bar, Deliktsrecht, S. 1773.

2) s.o. S. 78 ff.

Die aufgezeigte Ähnlichkeit der Regelungen in den Entwürfen mit der hier vertretenen Ansicht präjudiziert auch ihre Bewertung: Die jeweils vorgeschlagene Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Äußerungen durch den Maßstab der Unangemessenheit erscheint nach der eigenen Darstellung als sachgerechter Ausgleich der widerstreitenden Interessen und insgesamt als gute Lösung der entscheidenden Rechtswidrigkeitsproblematik.

Dabei ist die konkrete Fassung im Referentenentwurf noch gegenüber dem Vorschlag v.Bar's zu bevorzugen: Der damalige Entwurf beläßt es nämlich nicht bei der Statuierung des Merkmals der Unangemessenheit, sondern bietet eine weitere Konkretisierung bei der Frage, wann eine Kritik eine unangemessene Herabwürdigung darstellt. In Übereinstimmung mit der in dieser Arbeit gefundenen Lösung lehnt er sich nämlich an den Gedanken des § 193 StGB an¹⁾ und bestimmt, daß der Form oder den Umständen nach unangemessene Kritik unzulässig ist.

Der Referentenentwurf wurde zwar seinerzeit von Teilen des Schrifttums als Rückschritt in Richtung "Constanze"-Doktrin scharf kritisiert²⁾. Aus dem Dargelegten folgt jedoch, daß dieser Kritik nicht gefolgt werden kann, was die materielle Grenzziehung zwischen zulässigen und unzulässigen Verhaltensweisen betrifft.

Allerdings ist zuzugeben, daß die Fassung des vorgeschlagenen § 824 BGB noch nicht geglückt war und zu Mißverständnissen Anlaß gab: Da in Abs. 1 S. 2 zunächst die grundsätzliche Haftung auch für herabsetzende Urteile statuiert wurde und erst in Abs. 2 S. 2 die entsprechende Privilegierung folgte, entstand in der Tat wie zu Zeiten der "Constanze"-Entscheidung³⁾ der Eindruck, jedes Verbreiten eines kritischen Werturteils sei zunächst einmal unzulässig, wenn

1) Referentenentwurf, Begründung S. 67.

2) So insbes. Kübler, JZ 1968, 542 ff, 548 f; grundsätzlich zustimmend dagegen Lemhöfer, VersR 1967, 1126 ff, 1127; vgl. auch v.Bar, Deliktsrecht, S. 1757 f.

3) BGHZ 3, 270 ff; vgl. dazu o. S. 12 ff.

nicht dem sich Äußernden ein Rechtfertigungsgrund, den Abs. 2 S. 2 enthielt, zur Seite steht. Um in Einklang mit Art. 5 GG die grundsätzliche Zulässigkeit von Meinungsäußerungen und die nur bei Vorliegen besonderer Umstände mögliche Bewertung einer Kritik als unzulässig zu verdeutlichen, sollte demgegenüber nicht zunächst eine unbedingte Haftung statuiert und dann in einem zweiten Absatz teilweise zurückgenommen werden. Vielmehr wäre eine neue Vorschrift so zu fassen, daß technisch - wie bei v.Bar - in einem eigenständigen Absatz normiert würde, daß eine Ersatzpflicht für herabsetzende Urteile nur dann begründet wird, wenn sie der Form oder den Umständen nach eine unangemessene Kundgabe der Mißachtung darstellen.

4. Als Ergebnis bleibt festzuhalten:

Beide Entwürfe stellen im Bereich des Deliktsrechts eine brauchbare Grundlage bei der jetzt wieder anstehenden Diskussion um eine Reform des Schuldrechts dar.

Auch wenn noch systematische Fragen offen sind, insbes. die Frage, ob der Unternehmensschutz gegen schädigende Kritik dem Tatbestand des jetzigen § 824 BGB zugeordnet werden sollte oder ob die von v.Bar vorgeschlagene Schaffung eines Tatbestandes, der alle Formen von Unternehmensschädigungen umfaßt, sinnvoller ist, so ist doch eine begrüßenswerte Gemeinsamkeit beider Entwürfe, die auch mit den hier gefundenen Ergebnissen übereinstimmt, festzustellen, was die Rechtswidrigkeitsproblematik betrifft. Mit dem Kriterium der Unangemessenheit scheint sich endlich ein konsensfähiges Merkmal zur Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Verhaltensweisen herauszubilden, das in einer neuen gesetzlichen Regelung in jedem Fall Berücksichtigung finden sollte.

B. DER VERBRAUCHER IM RECHTS- UND WIRTSCHAFTSLEBEN

Wenn im vorigen Abschnitt die rechtspolitischen Konsequenzen hinsichtlich der allgemeinen deliktsrechtlichen Einordnung der unternehmensschädigenden Äußerungen erörtert wurden, die erforderlich scheinen, um zu einem größeren Maß an Rechtssicherheit bei der Beurteilung der in Frage stehenden Fälle zu gelangen, so soll hier nochmals abschließend in Bezug auf die spezielle Fragestellung der Arbeit, die Kritik durch einzelne Verbraucher, Bilanz gezogen und der Rolle des Verbrauchers, die ihm nach den Ergebnissen der Untersuchung in der Rechts- und Wirtschaftsordnung zukommt, nachgegangen werden.

Unter dem Stichwort des Verbraucherschutzes steht der Verbraucher im Mittelpunkt einer lebhaften Diskussion im neueren rechtswissenschaftlichen Schrifttum¹⁾. Wo aber Probleme des Verbraucherschutzes erörtert werden, geht es zumeist um die Frage, durch welche - meist gesetzgeberische - Maßnahmen der für nötig gehaltene Schutz des Verbrauchers vor Schädigung und Übervorteilung erreicht werden kann²⁾. Kennzeichnend für diese Verbraucherschutzdiskussion ist die Tatsache, daß der Verbraucher vor allem als Schutzsubjekt durchzuführender Schutzmaßnahmen, nicht aber als selbst handelnde Persönlichkeit gesehen wird. Die Berechtigung derartiger verbraucherschützender Vorhaben soll hier nicht bezweifelt werden, jedoch ist hervorzuheben, daß bei der in dieser Arbeit erörterten Anerkennung eines weiten Freiheitsraumes für öffentliche Kritik durch einzelne Verbraucher die übliche Sicht vom Verbraucher als passivem Schutzsubjekt verlassen und untersucht wurde, welche Möglichkeiten ihm als aktiv Handelnden zur eigenen Wahrnehmung seiner Interessen zustehen. Von

1) Vgl. Simitis, Verbraucherschutz - Schlagwort oder Rechtsprinzip, 1976; v.Hippel, Verbraucherschutz, 1979; Reich-Micklitz, Verbraucherschutzrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 1981; Joerges, Verbraucherschutz als Rechtsproblem, 1981.

2) Vgl. etwa v.Hippel, Verbraucherschutz, S. 16 ff; s. auch die Einführung bei Reich-Micklitz, Verbraucherschutzrecht in der Bundesrepublik Deutschland, S. 1-18.

daher stellt auch diese Arbeit einen Beitrag zur allgemeinen Verbraucherschutzdiskussion dar.

Als ein Hauptziel der Bemühungen um eine Verbesserung des Verbraucherschutzes wird zumeist ausgehend vom ökonomischen Marktmodell die Herstellung bzw. Wiederherstellung der Konsumentensouveränität des Verbrauchers angesehen¹⁾. Da die Anbieter von Waren und Dienstleistungen mit der Werbung über die wesentlichen Kommunikationsinstrumente zur Steuerung des Konsums verfügen, kann die Konsumfreiheit vor allem dadurch zurückgewonnen werden, daß das Mittel der Gegeninformation eingesetzt wird²⁾. Bei den Instrumenten der Gegeninformation wird herkömmlicherweise vor allem an Warentests und kritische Beiträge in den Massenmedien gedacht. Hierzu zählt aber auch die in dieser Arbeit untersuchte eigene aktive Teilnahme des Verbrauchers an diesem Prozeß der Gegeninformation durch Darstellung eigener Erfahrungen.

Dem Verbraucher ist also nicht nur durch mediale Vermittlung von Information wieder zu Konsumfreiheit zu verhelfen, sondern das Zivilrecht hat ihm selbst die Möglichkeit zu verschaffen, sich aktiv an diesem Kommunikationsprozeß zu beteiligen. Dadurch, daß ein weiter Freiheitsraum für Verbraucherkritik eröffnet wird und die deliktsrechtlichen Schranken unter dem Einfluß verfassungsrechtlicher Wertungen zurückgenommen werden, erweist sich das Zivilrecht selbst als verbraucherfreundlich.

Entscheidend dafür ist zum einen, daß in der Sphäre privater Kommunikation ein Haftungsfreiraum anerkannt wird, so daß privater Erfahrungsaustausch im Familien- oder Bekanntenkreis nicht durch Haftungsrisiken belastet wird. Darüber hinaus ist aber auch dem einzelnen Verbraucher die Möglichkeit einzuräumen, zur öffentlichen Meinungsbildung über Fragen des Konsums beizutragen, was angesichts der techni-

1) Simitis, Verbraucherschutz, S. 83 ff; Reich-Micklitz, Verbraucherschutzrecht in der Bundesrepublik Deutschland, S. 2 f.

2) Reich, ZRP 1974, 187 ff, 192; v.Hippel, Verbraucherschutz, S. 29.

schen Voraussetzungen öffentlicher Kommunikation bedeutet, sein Recht anzuerkennen, etwa auch in Zeitschriften mit Millionenauflage frei über seine Erfahrungen im Umgang mit Konsumgütern zu berichten¹⁾. Das Recht, öffentlich frei seine Meinung über das Konsumangebot sagen zu können, bedeutet für den einzelnen Verbraucher damit eine notwendige Voraussetzung zur Ausübung seiner Konsumfreiheit, die sich eben nicht nur auf die Befugnis beschränkt, stumm unter den von der Werbung angepriesenen Waren auszuwählen. Vielmehr ermöglichen erst der Erfahrungsaustausch mit anderen Verbrauchern und die kritische Auseinandersetzung mit der Angebotsseite rationale Konsumententscheidungen.

Allerdings hatte die Untersuchung ergeben, daß auch der Verbraucher bei öffentlicher Verbreitung seiner Kritik nicht von jeglicher Verantwortung freigestellt werden kann. Die herausgearbeiteten Anforderungen garantieren aber nur, daß im Kommunikationsprozeß ein Mindestmaß an Fairneß gewahrt bleibt und daß der berechnigte Anspruch der betroffenen Unternehmen, in der Öffentlichkeit kein verfälschtes Bild von ihren Leistungen entstehen zu lassen, gesichert wird, ohne daß im übrigen der weite Spielraum für kritische Äußerungen beschränkt würde.

Durch die Gewährleistung eines großen Freiheitsraumes für öffentliche Kritik und die Betonung der Möglichkeiten des einzelnen Verbrauchers zur selbständigen und aktiven Teilnahme an diesem Kommunikationsprozeß wird deutlich, daß der Verbraucher auch in einer immer mehr vom Konsum gekennzeichneten Gesellschaft nicht in die Rolle des reinen Konsumenten zurückgedrängt werden kann, sondern daß seine Stellung im Wirtschaftsleben anders zu bestimmen ist.

Die Entwicklung zum demokratischen Staatswesen hat nicht nur Bedeutung für den politischen Bereich im engeren Sinne, sondern greift auch auf andere Bereiche des gesellschaftli-

1) Andresen, Warentest, S. 206.

chen Lebens über. Ebenso wie der Bürger in der Demokratie nicht mehr als Untertan, sondern als mündiger Staatsbürger zu begreifen ist, hat er auch im wirtschaftlichen Leben aufgrund der für alle gesellschaftlichen Bereiche geltenden Wertordnung des Grundgesetzes die Chance, durch Teilnahme am freiheitlichen öffentlichen Kommunikationsprozeß über Fragen des Konsums und durch eigenständige Wahrnehmung seiner Interessen als Verbraucher über die Rolle als passiver Konsument hinauszuwachsen und zum aktiven und mündigen Wirtschaftsbürger zu werden.

Im Sinne einer größeren Transparenz des Marktangebots und eines effektiven Verbraucherschutzes wäre es jedenfalls wünschenswert, würden die Verbraucher häufiger von ihren Möglichkeiten zum öffentlichen Erfahrungsaustausch und zur kritischen Auseinandersetzung mit der Angebotsseite Gebrauch machen und so zur Realisierung ihrer Konsumentensouveränität auch selbst aktiv beitragen.

Lebenslauf

Am 4. Juli 1952 wurde ich, Reinhard Hawran, als Sohn des Zollbeamten Wilhelm Hawran und seiner Ehefrau Frieda, geb. Schlosser, in Gedern/Oberhess. geboren.

Die Grundschule besuchte ich in Bad Hersfeld. Anschließend war ich seit 1963 bis zum Abitur am 14. Juni 1971 Schüler der altsprachlichen Rabanus-Maurus-Schule in Fulda.

Im Wintersemester 1971/72 begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaft an der Philipps-Universität in Marburg, das ich in Freiburg fortsetzte und in Marburg am 26. Oktober 1976 mit der ersten juristischen Staatsprüfung abschloß.

Danach absolvierte ich beim Landgericht Fulda den juristischen Vorbereitungsdienst. Am 5. Juli 1979 bestand ich die zweite juristische Staatsprüfung.

Seit 1. September 1979 bin ich wissenschaftlicher Mitarbeiter im Institut für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Marburg.

